



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

PROBLEMATICA DEL ARTICULO 15 FRACCION "I" EN
RELACION CON EL ARTICULO 77 DE LA LEY DEL SEGURO
SOCIAL VIGENTE

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

GUADALUPE EVANGELINA MENDOZA BENCOMO



ASESOR DE TESIS: LIC. PEDRO ALFONSO REYES MIRELES

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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





FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
AVENIDA DE LAS PLANTAS
MEXICO

INGENIERO LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
FACULTAD DE DERECHO.
P R E S E N T E .

Muy distinguido Señor Director:

La alumna: **GUADALUPE EVANGELINA MENDOZA BENCOMO**, con número de cuenta 9103382, inscrita en el Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional titulada **"PROBLEMÁTICA DEL ARTICULO 15 FRACCION "I" EN RELACION CON EL ARTICULO 77 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL VIGENTE"**, bajo la dirección del Lic. **PEDRO A. REYES MIRELES**, para obtener el título de Licenciada en Derecho.

La Lic. **SOCORRO UGALDE RAMIREZ**, en el oficio con fecha 30 de enero de 2004, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis; por lo que con apoyo a los artículos 18, 19, 20, y 28 del vigente Reglamento de Exámenes profesionales suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de la alumna referida.

Atentamente
"POR MI RAZA HAY QUE ABRILAR EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, 27 de febrero del 2004.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
LIC. GUILLERMO BARRERA ROBAINA
Director del Seminario

NOTA DE LA SECRETARIA GENERAL: La interesada deberá iniciar para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso, caducará la autorización que ahora se le concede para someterse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserva su actualidad y siempre que le oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedido por circunstancia grave, todo lo cuál calificará la Secretaria General de la Facultad.

c.c.p.-Seminario.
c.c.p.- Alumno (a).

PAPÁ, MIGUEL MENDOZA PADILLA:

Infinitamente te agradeceré todo el tiempo que me dedicaste, tú comprensión, el haberme aconsejado en todo momento, el impulsarme y apoyarme en mi carrera; te prometí que terminaría y ahora quiero dedicarte con todo mi amor ésta realidad que algún día soñamos, por haber sido el mejor padre que pude tener, quien sembró en mí la vocación de servir y porque sé que aunque físicamente no puedes estar presente, de algún modo lo estarás y seguirás siempre a mi lado, esto es en tú memoria, porque mi logro es el tuyo y por el inmenso amor que siempre te voy a tener; para tí papá, donde quiera que estés. Con mucho amor.

MAMÁ, LYDIA ESTHER BENCOMO:

Gracias por darme la vida y velar por mi desde niña, por tus sacrificios y la comprensión que me has dado siempre, por tener la fuerza para continuar con nuestra familia a pesar de los momentos difíciles y tristes; para quien será una gran satisfacción verme convertida en una profesionista, quiero dedicarte ésta tesis que es uno de los logros más importantes que tendré, aunque no será el único, pero con él puedo compensar de algún modo todo lo que has luchado para que esto pueda hacerse realidad; tengo una gran admiración por ti, por ser madre, amiga, guía, consejera, ama de casa y todavía haber culminado tu carrera y trabajar, pero sobretodo porque si tú no me hubieras ayudado, no estaría aquí. Con mucho amor.

HERMANO, JORGE MENDOZA BENCOMO:

Porque siempre estás conmigo, motivándome, gracias por tú ayuda, tiempo y consejos, como una muestra de mi cariño y agradecimiento por toda la comprensión, amor y fuerza que me has dado para seguir, hoy que llega a su fin una de mis mas anheladas metas, espero que te sirva como un incentivo para que sigas adelante y en poco tiempo también pueda compartir contigo un evento tan importante como éste, sabes que estoy muy orgullosa de ti y que sé tendrás mucho éxito. Te quiero mucho.

ASESOR, LICENCIADO REYES MIRELES:

Con todo respeto quiero hacerle un agradecimiento muy especial, por el gran apoyo que me brindó en uno de los momentos más difíciles de mi vida y que hasta el día de hoy conservo; gracias por su ayuda, tiempo y dedicación en la dirección de este trabajo, gracias por ser un excelente catedrático y compartir sus conocimientos en nuestra querida Universidad; además de ser una maravillosa persona y a quien considero un amigo, es un honor el que me haya orientado y el haber sido su alumna, muchas gracias por haber hecho posible la conclusión de mi tesis. Con admiración y respeto.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO:

Porque gracias a mi honorable Facultad de Derecho hoy puedo concluir una carrera universitaria, que sin ella no hubiera sido posible; sin dejar de mencionar a mi querida preparatoria número “2” a la que recuerdo con mucho cariño por haber estado ahí desde mi iniciación universitaria, lo cual fue un privilegio. Gracias.

AMIGOS:

Les dedico ésta tesis a todos y cada uno, mencionando muy en especial, por lo que han hecho por mí para poder llegar a ésta meta, la cual sin ustedes no la estaría viviendo, sabiendo cada uno a que me refiero a: *Alejandra Vázquez Alanis, Alejandra Pérez Medellín, Sandra Baez Millán, Ana Laura Martín Ramos, Nancy Trejo Chávez, Paola Ramírez Romo, José Luis Torres y Gilberto Villela Daza.*

Gracias amigos porque siempre han estado conmigo, brindándome su amistad; al finalizar esta etapa tan significativa quiero reconocer su apoyo incondicional, lealtad, consejos, conocimientos y experiencias compartidas, doy gracias por tener la dicha de contar con personas tan especiales que sé estarán orgullosas de mí y que son parte de los buenos y los malos momentos, agradezco además a todos aquellos que forman parte de mi vida y que también son importantes, gracias por acompañarme y estar presentes, saben que todos tienen un lugar en mi vida. Los quiero mucho.

ESTEBAN SALAS:

Quiero agradecerte porque eres una persona muy importante para mi familia y para mí, has sido un gran amigo que siempre nos ha apoyado, sobre todo en momentos difíciles y es ahí cuando se demuestra lo valioso de las personas, ahora quiero que compartas conmigo la culminación de mi carrera profesional, te dedico a ti y a tú hermosa familia – Doris, Estefany y Leslie – este trabajo que es el resultado de un gran esfuerzo, sabiendo que mi papá desde donde se encuentre también les esta muy agradecido por todo. Con cariño.

DIOS:

Gracias señor por acompañarme en todo momento sin pedir nada a cambio, por darme fortaleza para seguir adelante e iluminar siempre mi camino; agradeciendo que hoy me permites disfrutar la alegría de ver realizado uno de mis más grandes sueños, compartiendo esta vivencia con todo aquellos que quiero. Muchas gracias.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	I
 CAPÍTULO I. ANTECEDENTES	
1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.....	1
1.2. Ley Federal del Trabajo de 1931.....	8
1.3. La Ley del Seguro Social de 1943.....	11
1.4. La Ley del Seguro Social de 1973.....	20
1.5. La Ley del Seguro Social de 1995.....	25
1.6. Ley del Seguro Social de 2000.....	32
 CAPÍTULO II. CAPITALES CONSTITUTIVOS	
2.1. Conceptos de Capitales Constitutivos.....	37
2.2. Naturaleza Jurídica de los Capitales Constitutivos.....	41
2.2.1. Capitales Constitutivos como sanciones.....	44
2.2.2. Capitales Constitutivos como créditos fiscales.....	47
2.3. Elementos que integran los Capitales Constitutivos.....	54
2.4. Constitucionalidad y Legalidad de los Capitales Constitutivos.....	58

**CAPÍTULO III. EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL
COMO ORGANISMO FISCAL AUTÓNOMO.**

3.1. Antecedentes.....	72
3.2. Actuación del Instituto Mexicano del Seguro Social como Organismo Fiscal Autónomo.....	83
3.3. Naturaleza de los Capitales Constitutivos en el ámbito fiscal.....	95
3.3.1. Como aportaciones de seguridad social.....	96
3.3.2. Como contribuciones especiales.....	99
3.3.3. Como Contribuciones Parafiscales.....	104

**CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN “I”
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 77 DE LA LEY
DEL SEGURO SOCIAL VIGENTE.**

4.1. Registro e inscripción de los trabajadores.....	110
4.2. Contradicción entre los artículos 15 fracción I y 77 de la Ley del Seguro Social vigente.....	127
4.3. Inexistencia de fundamento y motivación para fincar un Capital Constitutivo con base en el artículo 15 fracción I.....	132
4.4. Propuesta de reforma al artículo 15 fracción I de la Ley del Seguro Social.....	135

CONCLUSIONES.....	141
--------------------------	------------

BIBLIOGRAFÍA.....	146
--------------------------	------------

INTRODUCCION

La seguridad social es resultado de una lucha armada que se presenta en nuestra historia, la cual motivó la creación del documento más importante que existe dentro del sistema jurídico mexicano, refiriéndonos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que da la pauta para el nacimiento de la Ley del Seguro Social, con lo que se establece la normatividad a la que se deben apegar los sujetos de una relación laboral que se coloquen en las hipótesis que se consagran en ella; sin dejar de mencionar que existen diversos ordenamientos que rigen la materia a fin de determinar los alcances jurídicos para el caso de violaciones cometidas en la relación de trabajo, todo ello como consecuencia de la Revolución Mexicana.

Es así como en nuestro primer capítulo, empezaremos por señalar de manera muy general los antecedentes de algunas legislaciones aplicables a la materia de seguridad social, tomando en cuenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley Federal del Trabajo de 1931, así como las Leyes del Seguro Social de 1943, 1973, 1995 y 2000, por considerar necesario exponer como se dio inicio a la regulación de la seguridad social en nuestro país.

Por otra parte, en un segundo capítulo se hablará acerca de los capitales constitutivos, donde resaltamos algunos conceptos que maneja la doctrina, al mismo tiempo plantearemos el concepto legal que se desprende de la lectura de los artículos que los regulan dentro de la propia Ley del Seguro Social, en razón de que la misma no define que se debe entender por capital constitutivo, por lo antes indicado se tiene que inferir con apoyo en los numerales de la citada Ley.

Se discutirá la naturaleza jurídica de los capitales constitutivos, enfocándonos a la sanción y a los créditos fiscales para determinar si se les puede tildar de una u otra forma; asimismo se hará mención de los elementos que integran nuestra figura a estudio, puntualizando la falta de regulación que existe para fundamentar adecuadamente cada uno de los renglones que forman parte del capital, ya que no se debe dejar al arbitrio de nadie su cuantificación, en virtud de que no se les presenta detalladamente cada parte integrante del cobro que se les hace, lo cual es inconstitucional.

De lo aducido en las líneas anteriores será importante destacar la constitucionalidad y legalidad de los capitales constitutivos, puesto que se ha generado gran controversia al respecto, para ello citaremos algunas jurisprudencias y tesis aisladas, a efecto de tener un panorama más amplio que nos permita señalar que tan justo es o no fincar un capital constitutivo en determinada circunstancia, sobre todo porque existe una tendencia generalizada a considerar que los capitales carecen de una debida fundamentación y motivación.

En el tercer capítulo entraremos al estudio del Instituto Mexicano del Seguro Social como organismo fiscal autónomo, con el fin de explicar cual es la injerencia en el fincamiento de capitales constitutivos por parte de éste organismo, haciendo mención de algunos antecedentes, para posteriormente comentar las actividades que puede desarrollar en esta faceta de autoridad fiscal.

En éste mismo capítulo se hablará de la naturaleza de los capitales pero en el ámbito fiscal, esto como complemento de lo aludido en el segundo capítulo en relación con la naturaleza jurídica de nuestra figura, tomando en cuenta ahora a las aportaciones de seguridad social, a las contribuciones especiales y a las

contribuciones parafiscales, con lo que podremos generar una opinión propia para otorgarle la naturaleza más adecuada a nuestro parecer y en base a todas las figuras previamente analizadas.

Finalmente, en el cuarto capítulo se plantea la problemática del artículo 15 fracción I, en relación con el artículo 77 de la Ley del Seguro Social vigente, que es el motivo por el cual se inició éste trabajo.

En este sentido, se comentará acerca del registro e inscripción de los trabajadores, lo cual es la base para poder fincar un capital constitutivo. Asimismo, se acotará la contradicción entre ambos ordenamientos, mismos que llevan a una inseguridad e inequidad para los sujetos obligados que atienden a lo señalado en la Ley, sin prever que aún acatándose a ella pueden ser acreedores de un capital constitutivo si se actualizan las hipótesis previstas.

Otro aspecto a tratar será la inexistencia de fundamento y motivación en atención a lo que señala el artículo 15 fracción I, en el que se establece el plazo de cinco días, mismo que ante un siniestro no es respetado, generándose así un menoscabo en la esfera económica del sujeto obligado; concluyendo con una propuesta práctica y que beneficie a los sujetos de la relación laboral, con el fin de evitar que los sujetos obligados sean presa de una sanción, que para algunos puede ser injusta mientras que para otros se está cumpliendo con la finalidad de la propia Ley y que a la vez no deje sin protección a los trabajadores que no tienen por qué ser afectados en ningún sentido, con ello daremos por terminado éste análisis.

Para la elaboración del presente trabajo nos apoyaremos en el método científico, atendiendo a que es el camino planeado o la estrategia que se sigue para descubrir o determinar las propiedades del objeto de estudio, es así como surge el planteamiento del problema, la formulación de una hipótesis y comprobación de las mismas, una vez hecho lo anterior se podrá tener conclusiones que permitan generar un resultado que nos lleve a tener una opinión fundamentada y un conocimiento más amplio de la figura a estudio, esto es, en nuestro caso el fincamiento de capitales constitutivos.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES

1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

A través de la historia, podemos ver que las manifestaciones que se presentan, en ocasiones violentas por parte del pueblo, pretenden hacer notar sus inquietudes económicas, políticas y sociales, en algunos casos mediante planes, proclamas o manifiestos políticos, en los que se exponen los malestares sociales de la época, es así, como Don Venustiano Carranza pretendió, institucionalizar el pensamiento que se tenía en tiempos de la Revolución.

Recordando un poco “el 14 de septiembre de 1916, Venustiano Carranza convocó a un Congreso Constituyente que se instaló solemnemente en Querétaro el 1º de diciembre del mismo año, en el cual hizo entrega del Proyecto de reformas Constitucionales, y al dirigirse intrépido e impertérrito a este majestuoso organismo expresó:

“Con la responsabilidad de los empresarios para los casos de accidentes; con los seguros para los casos de enfermedad y de vejez. Con todas estas reformas espera fundamentalmente el Gobierno a mi cargo que las instituciones políticas del país responderán satisfactoriamente a las necesidades sociales. Que los agentes del poder público sean lo que deben ser: instrumentos de Seguridad Social. Carranza usa por primera vez en la terminología de la Revolución Mexicana la palabra Seguridad

Social, dándole un significado de libertad y justicia, lejos de toda opresión y explotación de los pueblos.”¹

En la discusión planteada en este Congreso, se observa claramente el compromiso de enfatizar la ayuda a la problemática de los derechos sociales, cuestión innovadora en la Constitución de 1917, con lo cual se concretan las ideas del movimiento revolucionario.

Los trabajos realizados además de ser arduos, tuvieron un resultado trascendental en la historia de nuestro país; en ellos se estudio y analizó con gran compromiso el pensamiento revolucionario, mismo que se plasmó en programas, planes y manifiestos políticos de todos los grupos, que en ese momento exigían un cambio estructural en la sociedad mexicana, por lo que se plantearon adecuadas soluciones a las necesidades de la población.

“La exposición de motivos del Proyecto de reformas Constitucionales al referirse al Seguro Social enfatizó:

Se impone no sólo el aseguramiento de las condiciones humanas del trabajo, como las de salubridad de locales... y garantías para los riesgos que amenacen al obrero en el ejercicio de su empleo, sino también la organización de establecimientos de beneficencia e instituciones de previsión social para asistir a los enfermos, ayudar a los inválidos, socorrer a los ancianos, proteger a los niños abandonados, auxiliar a ese gran ejército de reservas de trabajadores parados involuntariamente que constituyen un peligro inminente para la seguridad pública.

¹ GARCÍA CRUZ, Miguel. La Seguridad Social en México, Bases, Evolución, Importancia Económica, Política y Cultural, Tomo I, B. Costa-amic editor, México. 1972, p. 40.

La sesión del Congreso Constituyente correspondiente al día 23 de enero de 1917 se ocupó del Capítulo VI Constitucional el 'Del Trabajo y de la Previsión Social', que fue leído y aprobado en esa misma fecha, donde se establecen las fracciones XIV, XXV y XXIX del Artículo 123 Constitucional relacionadas con los Seguros Sociales.

Estos mandatos constitucionales, quedaron aprobados en los términos siguientes:

XIV.- Los empresarios serán responsables de los accidentes de 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 traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

XXV.- El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya que se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo, o por cualquiera otra institución oficial o particular.

XXIX.- Se considera de utilidad social: el establecimiento de cajas de seguros populares, de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de accidente y de otros con fines análogos, por lo cual, tanto el Gobierno Federal, como el de cada Estado, deberán fomentar la organización de instituciones de esta índole para infundir e inculcar la previsión popular.”²

² Ibidem, pp. 41 y 42.

Encontramos en las fracciones anteriores que independientemente de su escueta redacción, se ostenta un gran avance de alto contenido que se consigue como resultado del movimiento revolucionario, sin dejar de considerar el resto de las disposiciones que existían para regular los factores de la producción, en virtud de que anterior a la vigencia del artículo 123 Constitucional, el contrato de trabajo se consideraba como una simple modalidad del contrato civil de arrendamiento, donde el hombre que desarrollaba su trabajo era menospreciado en su trato como persona, ya que se le equiparaba a una cosa o un bien y la labor realizada era una mercancía, teniendo como resultado que no gozara de las garantías indispensables de toda persona; para esta época todavía no se tenía consagrado el derecho de libertad de asociación, ni se acondicionaban los locales en que se prestaba el trabajo, lógicamente no se podía acceder a mejores prestaciones económicas o en los servicios, que más adelante sí otorgarían los seguros sociales.

“Cuando en el año de 1917, en la Ciudad de Querétaro, se redacta y promulga la Constitución social, surge como preocupación especial reflejada en la fracción XXIX del Artículo 123, la necesidad de establecer un sistema de seguros sociales, que vendría a resolver, de una manera razonable, el problema de los riesgos sufridos por los trabajadores, y la necesidad de encontrar un sustituto del salario, cuando por razones de invalidez o de vejez, los trabajadores dejaban de ser útiles para el servicio.”³

“La Revolución Mexicana concibió que el trabajo debe merecer todas las garantías económicas, políticas y sociales, porque es medio esencial para producir

³ DE BUEN L., Néstor. Seguridad Social, Porrúa, México, 1995, p. 3.

todos los bienes y satisfactores de las necesidades del hombre y de la sociedad, asegurando su propia existencia”.⁴

El deseo de alcanzar una justicia social que apenas establecía sus raíces dentro de la Constitución, durante los primeros años estuvo muy lejos de conseguirse, en razón de que no se contaba con los instrumentos científicos indispensables para su desarrollo. Es así como los estudiosos de la problemática social tuvieron que realizar su labor y allegarse el conocimiento necesario para ocuparse de la planeación y organización de este problema vital.

El pueblo de México con ese espíritu revolucionario no desistía en sus demandas con miras al establecimiento de un verdadero régimen de Seguro Social, así encontraban que mediante el cumplimiento de la fracción XXIX del Artículo 123 Constitucional, el siguiente paso sería la promulgación de la Ley Reglamentaria de dicha fracción; ello por la imprecisión y errores que se encontraban en el mandato constitucional, dado que se limitaba a sugerir el fomento de la organización de aquellas instituciones con fines de previsión social, pero que no terminaba de dar el impulso necesario a fin de crear el Seguro Social.

“La clase patronal reconoce que sería un progreso el establecimiento del Seguro Social que garantice a los trabajadores contra los riesgos a que está expuesto el individuo y que constituyen la reducción y la pérdida de su capacidad para obtener un salario; estima que los Seguros Sociales además del beneficio material e inmediato que pueden proporcionar a los trabajadores son un valioso elemento de paz social y beneficia a la colectividad, puesto que con el elemento moral tan importante de

⁴ GARCÍA CRUZ, Miguel. La Seguridad Social en México, Bases, Evolución, Importancia Económica, Política y Cultural, Ob. cit., p. 45.

tranquilidad que lleva a uno de los elementos de la producción, proporciona condiciones mejores para que aquella se desarrolle con mayor intensidad.

Los patrones se opusieron a la participación de los empresarios en el costo de los Seguros y consideraron que su establecimiento afectaba hondamente la situación financiera y económica del país y formularon su opinión en el sentido de que los Seguros Sociales debían implantarse progresivamente, que su campo de aplicación y las prestaciones se fijaran tomando en cuenta la realidad económica de la nación y las posibilidades de las finanzas públicas.

El Ejecutivo de la Unión, insistiendo en su propósito, manifestó expresamente que ahondaba en la necesidad de reformar la Constitución para alcanzar incumplidas metas y convocó en julio de 1929 al Congreso de la Unión para celebrar un periodo extraordinario de sesiones, donde sometió a su deliberación una iniciativa que culminó con la reforma de la fracción XXIX del artículo 123 Constitucional.

La reforma del artículo 123, satisface una de las necesidades más apremiantes en beneficio de las clases trabajadoras del país.

El 6 de septiembre de 1929, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma a la fracción XXIX del artículo 123 Constitucional, quedando en los siguientes términos:

'Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de la invalidez, de vida, de cesación involuntaria, del trabajo, de enfermedades y accidentes y otras con fines análogos'.

Esta reforma de la Constitución dio al Seguro Social la categoría de un derecho público obligatorio, y antes del establecimiento de cajas de seguros populares se consideró de primerísima importancia la expedición de la Ley del Seguro Social.

Se suprimió la idea de difundir o inculcar la previsión popular que había ocasionado tantas confusiones y la reforma se enfocó abiertamente hacia el establecimiento de un régimen federal de seguros sociales; reservándose el Congreso General la facultad de legislar sobre esta materia y suprimiéndose las prerrogativas que originalmente se habían dado a los gobiernos de los Estados para expedir leyes e inculcar y difundir la previsión popular.”⁵

En conclusión, se puede ver que la reforma constitucional dio la pauta para la instauración de un pensamiento más digerido de la Seguridad Social, dado que el país requería que el trabajador contara con el mínimo de garantías a fin de apoyarlo en su actividad laboral, con su familia y aquellos contratiempos que se pudieran dar como resultado del trabajo que desempeñara, de esta manera nuestro país avanzaría porque la clase trabajadora al estar protegida generaría una mejor producción y estaría dentro de un ambiente más viable y seguro. Nos enfocamos en el artículo 123 Constitucional, por ser el pilar en el ámbito laboral, sin dejar de considerar que dentro de la propia Constitución existen muchas disposiciones más que tienen injerencia en esta materia, pero hacer mención de todas ellas requiere de un mayor análisis el cual no es necesario para nuestro tema.

⁵ Ibidem, pp. 62 a 64.

1.2. LEY FEDERAL DEL TRABAJO DE 1931.

“Se presentó a la Cámara de Diputados, el 17 de septiembre de 1913, el *primer proyecto de Ley del Trabajo*, con el fin de plantear soluciones a los siguientes problemas: contrato de trabajo, descanso dominical, salario mínimo, habitación del trabajador y educación de los hijos de los trabajadores. En lo que más nos interesa resaltar ahora, en dicho proyecto se incluyó un *capítulo del seguro social*, el que por cierto – vale aquí reiterarlo –, en aquella época se entendía solamente como una parte de la legislación laboral.”⁶

Lo anterior se señala como un mero antecedente a la Ley Federal del Trabajo de 1931, puntualizando que dicho proyecto inicial se quedó como mera expectativa o intención, dado que el Congreso fue disuelto y en consecuencia no prosperó.

“Visto el estado de cosas, ante la necesidad de buscar un cambio cualitativo en las condiciones laborales existentes en la época. En el año de 1928 se constituyó al fin una ‘Comisión’ encargada de preparar un *capítulo de seguros sociales*, que formaría parte de la proyectada Ley Federal del Trabajo, misma que uniformara los criterios en todo el país en esta materia. Dicho proyecto contenía avances enormes en la forma de constituir un *seguro social* para proteger a los trabajadores del campo y de la ciudad, y vale la pena resaltar que por vez primera se plantea un ‘sistema de contribuciones tripartita’ para financiarlo. A fin de cuentas, se retiraría del proyecto el citado *capítulo de los seguros sociales*, ‘... señalándose así el primer momento de su

⁶ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*. Porrúa, quinta edición. México, 2001, p. 88.

tratamiento independiente ...; según lo afirma el juslaboralista Néstor De Buen Lozano.”⁷

“Ciertamente es que las relaciones entre obreros y patrones continúan gobernadas por las bases establecidas en el propio artículo 123, y por un conjunto de normas elaboradas por la costumbre en nuestros medios industriales, y por la jurisprudencia, tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. Pero estas reglas, un tanto imprecisas y algunas veces contradictorias, no pueden suplir indefinidamente a la Ley. Es indispensable que, tanto trabajadores como empresarios, conozcan de manera inequívoca las normas que han de regir sus relaciones y esto solamente puede alcanzarse por medio de la Ley que depura y sistematiza las reglas formadas inconscientemente por las fuerzas sociales que al lado del Estado trabajan en la elaboración del derecho.

Cualesquiera que sean las desventajas que la norma escrita tenga en relación con las demás que rigen la actividad social, es indiscutible, que ella es la única que consigue la seguridad y la certeza de una situación para cada cual, y esa seguridad es en sí misma un inapreciable bien cultural.

El Gobierno, por su origen y convicción, no puede formular la Ley que norme la actividad del capital y del trabajo, sino en un sentido ampliamente protector para los trabajadores. El artículo 123 de la Constitución que trata simplemente de reglamentar, señala ya una dirección definida a este respecto y a la sombra de las bases consagradas en él, las organizaciones obreras en nuestro país han logrado definir y afianzar un conjunto de derechos, que el Gobierno, emanado de una

⁷ *Ibidem*, pp. 95 y 95.

revolución que ha tenido como bandera la defensa de las clases trabajadoras, no puede desconocer.

Sin embargo, debe tenerse presente que el interés del trabajador, por preponderante que se le suponga, no es el único que está ligado a la legislación del trabajo. También lo está el interés social que abarca otras energías no menos necesarias y otros derechos no menos merecedores de atención. Preciso es conceder su debida importancia a los intereses de la producción, tan íntimamente vinculados a la prosperidad nacional y tan necesarios para multiplicar las fuentes de trabajo, sin las cuales sería ilusorio pensar en el bienestar de los trabajadores.

En el proyecto se ha procurado el respeto debido a todos los intereses legítimos, cuyo juego armónico produce el orden social y cuyo equilibrio corresponde guardar al orden público”.⁸

“El proyecto de Ley Federal del Trabajo estableció, entre otros argumentos, que: *‘los patrones podrían sustituir las obligaciones que les imponía la Ley, con el seguro hecho a su costa en cabeza del trabajador, en algunas de las sociedades de seguros debidamente autorizadas y que funcionen conforme a las leyes de la materia, siempre a condición de que la suma que el trabajador reciba no fuere inferior a la que le pudiera corresponder con arreglo a dicho código’.*

De hecho, la promulgación de la primaria Ley Federal del Trabajo, el 18 de agosto de 1931, continuó con la idea de asegurar algunas ramas del seguro social en instituciones privadas, pues su artículo 305 consignaba literalmente: *‘Los patrones podrán cumplir las obligaciones que les impone este título, asegurando a su costa al*

⁸ TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho del Trabajo. Porrúa, México, 1970, p. 169.

trabajador a beneficio de quien deba percibir la indemnización, a condición de que el importe del seguro no sea mayor que la indemnización. El contrato del seguro deberá celebrarse con empresa nacional..”⁹

En la Ley de 1931, figuraron los principios esenciales del artículo 123 constitucional, respecto a los derechos mínimos individuales y los derechos sociales de sindicación y de huelga que instauraron los constituyentes de 1917, adicionando en la referida Ley la contratación colectiva que derivaba de los mismos. Incorporó a las Juntas de Conciliación y Arbitraje como tribunales con plena jurisdicción para solucionar todo tipo de conflictos laborales. A lo largo de su vigencia se originaron reformas que resurgieron instituciones que habían estado sin funcionamiento por el vacío en cuanto a su reglamentación constitucional, como la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, entre otras, y se fortaleció la estabilidad en el empleo mediante la reinstalación obligatoria.

1.3. LEY DEL SEGURO SOCIAL DE 1943.

Antes de abocarme al análisis propio de las Leyes del Seguro Social, es necesario tener un punto de partida enfocado hacia lo que es la Seguridad Social y las características que contiene la misma; para ello citamos la definición de Francisco González Díaz Lombardo, *“Es una disciplina autónoma del derecho social, en donde se integran los esfuerzos del Estado, de los particulares y de los Estados entre sí, a fin de organizar su actuación para la satisfacción plena de las necesidades y el logro*

⁹ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., p. 96.

*del mayor bienestar social integral y la felicidad de unos y otros, en un orden de justicia social y dignidad humana”.*¹⁰

En cuanto a las características de los modelos de Seguridad Social, podemos hacer referencia a las siguientes:

“a) Es un medio que pretende amparar al individuo frente a las contingencias de la vida, además de promover su bienestar y estimular la más completa expresión y desarrollo de sus capacidades;

b) Es un instrumento de toda organización social moderna que se diseña y ajusta a las necesidades de una colectividad;

c) Es una respuesta organizada y pública frente a las privaciones y desequilibrios, económicos y sociales, que impone la vida contemporánea y que necesariamente demanda de la participación activa de los individuos que serán beneficiados;

d) Es un compromiso colectivo que permite compartir los riesgos y los recursos de las personas. Su misión supera la simple lucha contra la pobreza y se propone incrementar la calidad de vida, fortalecer la seguridad personal y generar condiciones de mayor equidad;

e) Es un derecho fundamental y un poderoso instrumento de progreso social, que actúa mediante la solidaridad y la distribución de la riqueza que con su trabajo genera una comunidad.

¹⁰ GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO, Francisco. *El Derecho Social y la Seguridad Social Integral*, Textos Universitarios UNAM, México, 1973, p. 132

Puede argumentarse que entre el desarrollo social de un país y la evolución de las modalidades, objetivos y logros de su sistema de seguridad, existe una profunda vinculación. Es por ello que una forma para promover el crecimiento de una nación, radica en el impulso de su modelo de seguridad social. También se puede sostener que ésta es una de las áreas que reclaman de la intervención del Estado para conducir a su evolución y sobre todo, para cumplir con sus fines de justicia social”.¹¹

Para entrar en materia, esto es, analizar la creación de la Ley del Seguro Social hay que señalar varios antecedentes, en virtud de que para llegar a dicha Ley se tuvo que pasar por varias etapas que han quedado plasmadas en la historia de nuestro país.

“Correspondió al General Álvaro Obregón – entonces Presidente de la República -, el indiscutido mérito de haber promovido el *primer proyecto de Ley del Seguro Social*, el 9 de diciembre de 1921, a través de la Ley del Seguro Obrero, consecuencia lógica de haberse ocupado en resolver los problemas obrero-patronales suscitados en casi todo el país, y cuya solución se esperaba encontrar en gran medida con la aplicación de los seguros sociales; sin embargo, carente de todo apoyo actuarial y de una información censal adecuada, el proyecto contenía graves deficiencias, aunque de cualquier forma nunca fue aprobado por el Congreso de la Unión”.¹²

La actuación del General Álvaro Obregón en la creación de la Ley del Seguro Social es significativa, en virtud de que estableció el entorno para dar paso a la

¹¹ NARRO ROBLES, José. *La Seguridad Social Mexicana en los albores del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 56.

¹² RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, Ob. cit., p. 93.

reforma constitucional, misma que se enfocó en la fracción XXIX del artículo 123 Constitucional.

“Dada la situación y ante la necesidad evidente de reformar la Constitución Política Mexicana, para alcanzar viejas e incumplidas metas, se convocó en el mes de julio de 1929 al Congreso de la Unión a la celebración de un periodo extraordinario de sesiones, donde se sometería a deliberación de la más alta soberanía del país una iniciativa de reforma a nuestra Carta Fundamental, que tras los debates respectivos, culminaría con la modificación de la fracción XXIX del artículo 123 Constitucional, misma que, fuera publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de septiembre de 1929”.¹³

Consecuentemente la fracción XXIX del artículo 123 Constitucional resultado de la reforma se redactó en los siguientes términos: “*Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social y ella comprenderá seguros de invalidez, de vida, de cesantía involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, y otras con fines análogos*”.¹⁴

Para el mes de febrero de 1934, se presenta una nueva Comisión, misma que se integró con el afán de preparar un anteproyecto de Ley del Seguro Social, los resultados obtenidos, fueron trascendentes en el impulso de la seguridad social mexicana, además de esenciales para el debate y análisis de futuros proyectos.

¹³ Ibidem, p. 95.

¹⁴ Decreto de reformas al artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Promulgado por el Congreso de la Unión el 31 de Agosto de 1929 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de septiembre de 1929.

“Siendo ya Presidente de la República el General Lázaro Cárdenas del Río, y atendiendo a que aún no había podido expedirse una Ley del Seguro Social que reglamentara la fracción XXIX del artículo 123 Constitucional, instruyó a uno de sus más destacados colaboradores, el licenciado Ignacio García Téllez, para que con base a estudios previamente realizados por diversas Secretarías y Departamentos de Estado, se integrara una nueva Comisión que estudiara – ahora sí con evidente apoyo actuarial -, la expedición de dicha legislación”.¹⁵

El Licenciado Ignacio García Téllez se dio a la tarea de realizar un anteproyecto de Ley del Seguro Social con un conjunto de excelentes profesionistas, sin embargo, otro acontecimiento histórico frenó nuevamente las aspiraciones para la creación de dicha Ley, pues el Gobierno requería de poner todo el cuidado en él, dicho evento fue la expropiación petrolera.

“El proyecto siguió esperando hasta que el sucesor del General Lázaro Cárdenas, Don Manuel Ávila Camacho, al asumir la primera magistratura del país, retomó el reto y de nueva cuenta comisionó al propio licenciado Ignacio García Téllez, quien fungía en ese entonces como Secretario del Trabajo, para que pusiera a punto el proyecto de Ley - al que por cierto se le conoce como *Proyecto García Téllez* -, el que serviría de base para la formulación de la Iniciativa de Ley.

Así, el 10 de diciembre de 1942, el Presidente de la República, General Manuel Ávila Camacho, a insistencia de Ignacio García Téllez, accedió a suscribir la Iniciativa de Ley del Seguro Social para ser enviada al H. Congreso de la Unión. En sesión del 23 de diciembre de 1942, tras álgidas discusiones, la Cámara de Diputados aprobó el Decreto de la *Ley del Seguro Social*, y el día 29 del mismo mes y año, la

¹⁵ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., p. 97.

Cámara de Senadores la aprobó en definitiva. Tan trascendental acto para la vida nacional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de enero de 1943, promulgándose la Ley del Seguro Social para beneficio del pueblo de México.

La citada legislación es desde luego reglamentaria de la fracción XXIX del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, legislación que desde su primer artículo estableciera de manera categórica que: “El Seguro Social constituye un servicio público nacional establecido con carácter obligatorio”.¹⁶

Es así como después de tanta lucha se logró la implantación de una Ley del Seguro Social que protegiera a los trabajadores y gracias a ella el derecho de la seguridad social empezó a ser autónomo, quedando como meta la separación total del derecho laboral.

En esta Ley se culmina con los esfuerzos realizados para poder obligar jurídicamente a los patrones que tienen bajo sus órdenes o subordinación trabajadores a inscribirlos con el fin de que los mismos puedan acceder a servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y gocen de diversos beneficios que anteriormente no tenían, dado que la clase trabajadora se encontraba muy desamparada y no tenía ninguno de los derechos que esta Ley señala.

“Resultó trascendental la implementación legal y obligatoria de los seguros sociales, pues se trataba de organizar a partir del Estado – no de hábitos individuales o gremiales de previsión y ahorro, de los que carecía prácticamente nuestro pueblo -, un sistema permanente, estable y progresivo de bienestar social que habría de favorecer, en una primera etapa, a todos los mexicanos sujetos a una relación de

¹⁶ *Ibidem*, p. 98.

trabajo, pero que estaba destinado a evitar que la miseria y la angustia agotaran a grandes sectores de la población. Así, la seguridad social mexicana no habría de dirigirse solamente al cuidado del factor trabajo para el fomento de la producción, sino que debería contribuir a nuestro progreso común”.¹⁷

Finalmente podemos mencionar que “al ser promulgada en el año de 1943 (Diario Oficial de 19 de enero) la Ley del Seguro Social, el sistema elegido se ajustó estrictamente a lo que tradicionalmente se denomina el seguro social, que constituye un procedimiento de cobertura de riesgos, generador de derechos individuales, y cuyas características podríamos precisar en los términos siguientes:

- a) *Se trata de un servicio público nacional, tarifado.* Esto significa que la seguridad social descansa, en una estructura orgánica constituida en forma unitaria, de proyección nacional, en base a tarifas previamente determinadas en la Ley, que no están sometidas, por lo tanto, a la decisión de los interesados. El factor que se toma en cuenta para el pago de las tarifas es el salario, y éste debe de integrarse de manera estricta y objetiva.

- b) *La incorporación al seguro social es obligatoria.* El régimen nacional del seguro social se funda – y no podría ser de otra manera -, en la obligatoriedad de sus disposiciones, que está apoyada en muy eficaces procedimientos coactivos y fundamentalmente en la atribución al organismo responsable, esto es, al Instituto Mexicano del Seguro Social, de la consideración de ser un organismo fiscal autónomo, administrador de sus propios recursos, al que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público presta su imperio para obtener el cobro de las cuotas debidas.

¹⁷ Ibidem, pp. 102 y 103.

- c) *Los riesgos cubiertos son limitados.* El seguro social se funda, como resultado del texto constitucional, en la protección sólo de determinados riesgos, y en la limitación, tanto desde el punto de vista económico, como desde el punto de vista médico, de las prestaciones a cubrir en caso de que los riesgos se produzcan, de tal manera que pueda ser cuantificada y determinada actuarialmente dicha responsabilidad.
- d) *La cotización es tripartita.* La tesis en que descansa el sistema del seguro social atribuye responsabilidad exclusiva a los patrones, en tanto que creadores del riesgo de empresa, de aportar los recursos económicos que permitan, por una parte, prestar la atención médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que los riesgos produzcan y, en segundo lugar, cubrir las compensaciones económicas, globales o periódicas a que se hagan acreedores los propios asegurados o sus beneficiarios. Por otra parte, el seguro social supone que hay contingencias que pueden presentarse y afectar a la salud, a la capacidad de trabajo e inclusive a las vidas de los trabajadores, que no necesariamente son resultado directo de su actividad profesional. Por ello, y según el principio fundamental en que descansa la seguridad social, corresponde al Estado, a los propios patrones y a los trabajadores interesados, el hacer las aportaciones que permitan crear los instrumentos de servicio y económicos, adecuados a la atención de esos riesgos que no tienen su origen en la prestación de los servicios. Tales premisas han llevado al legislador a crear un sistema de aportaciones tripartitas, cuya cuantía se ha calculado en forma proporcional a la responsabilidad social que al Estado, a los patrones y a los trabajadores se estima corresponde, por esos riesgos no profesionales.

- e) *Genera derechos individuales.* El mecanismo fundamental en el sistema de los seguros sociales consiste en crear derechos de naturaleza individual, de tal manera que cada asegurado, en base a las cotizaciones pagadas, va integrando un fondo a cuyo cargo quedan las prestaciones correspondientes a los seguros de invalidez, vejez, cesantía y muerte; enfermedades no profesionales y maternidad. De esa manera, se integra una relación jurídica entre el Instituto y los asegurados, a virtud de la cual éstos tienen derecho a reclamar, de estar colocados en alguna de las hipótesis de la Ley, las prestaciones que por la aportación de las cuotas se han generado.

- f) *Exige la existencia previa de una relación de trabajo.* Opera sobre la base de la previa existencia de una relación de trabajo, y antes también de una relación de aprendizaje.

- g) *Tiene pleno apoyo actuarial.* En el seguro social, la fórmula mágica está constituida por la adopción de un sistema actuarial que permite, en base a cálculos matemáticos, y con apoyo en la Ley de los grandes números, una previsión de las contingencias que han de atenderse, y una adecuada inversión de las reservas, calculadas de tal manera que se minimicen, salvo en el caso de deficiencias administrativas, los riesgos de un desequilibrio económico. Ello ha caracterizado a la seguridad social mexicana como un sistema que exige pleno apoyo actuarial.

- h) *La seguridad social no persigue fines asistenciales.* El seguro social es, por definición un sistema egoísta, ya que sólo otorga derechos a quienes han hecho las aportaciones adecuadas, pero no así a quienes sólo exhiben su estado de necesidad como condición para obtener un servicio social. En esta

medida, el seguro social constituye la fórmula contraria de la asistencia y beneficencia públicas. Es notable la diferencia entre ambos sistemas, ya que la asistencia pública se apoya exclusivamente en los recursos del Estado mientras que los del seguro social son de naturaleza tripartita”.¹⁸

1.4. LEY DEL SEGURO SOCIAL DE 1973.

La Ley del Seguro Social de 1943 dejó de satisfacer las demandas del sector obrero y de otra parte de la población que se encontraba a la espera de ser tomados en cuenta para tener acceso a una protección por parte de la mencionada Ley. Es verdad, que la Ley original marcó un cambio muy importante en la historia de nuestro país, sin embargo, ya era tiempo para realizar modificaciones que favorecieran más a la población que requería mejores condiciones de vida y para ello era pertinente una reforma.

No menos importante resulta el hecho de que la presente Ley del Seguro Social accede y proyecta ampliar el Régimen del Seguro Social no nada más a los asalariados, sino a todos los mexicanos económicamente activos.

Es menester indicar una realidad que tiene nuestro país y que es un verdadero problema que ya se veía desde esta época dado que no se puede detener y va en aumento, hablamos del gran costo de la medicina social, ello se ve reflejado en la intranquilidad que generan los sistemas financieros del Seguro Social, en razón de que la población protegida requiere de atención y es la que en momentos de

¹⁸ DE BUEN Néstor. *Seguridad Social*, Ob. cit., pp. 5 a 8.

demandar un servicio se le afecta porque no se tiene la infraestructura para responder en todos los casos, ya que como sabemos la población crece sin esperar a que existan las condiciones adecuadas para que se le puedan dar los servicios que la misma requiere.

“En la nueva Ley del Seguro Social se incluyen instrumentos antiguos, adecuadamente renovados y nuevos, para la satisfacción de los fines que se señalan, mismos que tienen como finalidad esencial romper la dependencia entre el régimen del seguro social y su supuesto normativo fundamental, que ha sido la relación de trabajo.

Son diversos los mecanismos de la nueva Ley, para la realización de los fines. Pueden mencionarse la continuación voluntaria en el régimen obligatorio, de quienes dejen de pertenecer a él, pero que tienen interés en conservar su protección y la incorporación voluntaria al régimen obligatorio de trabajadores no asalariados o que pese a serlo habían quedado excluidos del mandato legal, en razón de las especiales circunstancias en que prestan sus servicios”.¹⁹

“La continuación voluntaria en el régimen obligatorio presume, como es lógico, la previa existencia de la relación de asegurado, pero exige como condición, para pretender la continuación, que el asegurado tenga un mínimo de cotizaciones semanales y que la solicitud se presente por escrito.

En la incorporación voluntaria al régimen obligatorio, los beneficiarios serán aquellos sujetos de aseguramiento a los que aún no se hubiese extendido el régimen

¹⁹ Ibidem, p. 9.

obligatorio, pero su inscripción estará condicionada a que se abran determinados periodos para tal efecto, señalados por el Instituto.

Este tipo de asegurados habrán de cotizar en grupos fijos y por periodos completos, pero en los reglamentos respectivos se podrá establecer una fórmula distinta de cotización. En todo caso, y para evitar posibles fraudes se autoriza al Instituto que establezca plazos de espera para el disfrute de las prestaciones”.²⁰

En cuanto al Régimen Voluntario, “en cierta manera constituye una característica de este sistema la posibilidad de contratar seguros adicionales para satisfacer prestaciones económicas que se hubieren pactado y que fueren superiores a las de la misma naturaleza de las que establece el régimen obligatorio del seguro social”.²¹

“El capítulo de la nueva Ley del Seguro Social en que se expresan mejor las nuevas tendencias hacia una seguridad social integral, se incluye en el Título ‘De los Servicios Sociales’. Éstos se subdividen en prestaciones sociales y en servicios de solidaridad social. Los primeros no constituyen una novedad, ya que el reconocimiento legal sólo ha venido a dar forma a un proceso real en que el Instituto, al margen de cualquier obligación legal y como resultado de su propia fuerza expansiva, prestó esos servicios con tal eficacia, que fue necesario atribuir al sistema un fundamento legal suficiente. Por el contrario los servicios de solidaridad social expresan la novedad más importante en la nueva Ley y quizá en ellos, en su profundo contenido humano y social, es donde encuentra la seguridad social mexicana el punto de transición entre el sistema del seguro, al que antes calificamos de egoísta, y el de

²⁰ Ibidem, pp. 11 y 12.

²¹ Ibidem, p. 13.

la seguridad social que no entiende de obligaciones mutuas, pero que es capaz de crear un régimen de obligaciones hacia la comunidad que justifique las prestaciones que el Instituto, sin costo alguno para los destinatarios, les otorga, fundamentalmente en orden a asistencia médica, farmacéutica y hospitalaria”.²²

“Con el objeto de no perder el equilibrio económico que debe conservarse con respecto a las obligaciones fundamentales del Instituto Mexicano del Seguro Social, se advierte también aquí que las prestaciones sociales se proporcionarán por el Instituto sin comprometer la eficacia de los servicios que presta en el régimen obligatorio. Además, claramente se dice que estas prestaciones son de ejercicio discrecional para el Instituto Mexicano del Seguro Social”.²³

“En la Exposición de Motivos de la nueva Ley, se dice que los servicios sociales nacen por la necesidad de brindar un mínimo de protección a aquellos grupos marginados del desarrollo nacional que por lo mismo carecen de capacidad contributiva que les permita su incorporación a los sistemas de aseguramiento ya existentes. Se intenta que la experiencia, la organización y los recursos de que dispone el Instituto se lleven a los núcleos sociales más necesitados, con financiamiento del Gobierno Federal y con cargo a los recursos propios del Instituto. A cambio de estos servicios, los beneficiarios podrán contribuir con aportaciones en efectivo o con la realización de trabajos personales destinados a las comunidades en que habiten, y que podrán propiciar un paso hacia el desarrollo económico, de tal

²² Ibidem, p. 14.

²³ Ibidem, p. 15.

manera que con ese trabajo comunitario puedan integrarse empresas y relaciones de trabajo susceptibles de generar siempre sistemas ordinarios de aseguramiento".²⁴

En este orden de ideas, en la nueva Ley del Seguro Social ya se vislumbra un esquema integral de protección, en razón de que se cuenta con los tres grandes rubros que no podían dejar de estar en un seguro social que pretende ser de respeto, esto es, un rubro de salud, uno de pensiones y el de prestaciones sociales, en este último encontramos las guarderías, cuestión trascendental en la mencionada Ley, en virtud de que el Estado se responsabiliza en un ámbito que anteriormente solo quedaba a cargo de la familia, sin embargo, al ver que la mujer día con día participa más en la vida económica del país, es de vital importancia proporcionarle los medios apropiados que le permitan efectuar su función laboral sin dejar de lado su obligación materna.

Por último, y como mera reflexión, podemos ver que el camino que se ha recorrido en materia de seguros sociales es vasto y con el propósito de ir dando un enfoque más de seguridad social se han dado grandes reformas que pretenden lograr dicha meta, lógicamente esto se da poco a poco con el paso de los años y con base en lo que la propia clase trabajadora y la sociedad misma va demandando de acuerdo a las necesidades que se presentan por la evolución del país, ya que como vimos se busca que no solo que los trabajadores que reúnan determinados requisitos tengan acceso al seguro social, sino que además exista un verdadero compromiso y una preocupación real por aquél grupo que no necesariamente este vinculado a una relación laboral determinada.

²⁴ *Ibidem*, p. 16.

1.5. LEY DEL SEGURO SOCIAL DE 1995.

“A mediados del año 1995, bajo el publicitado lema: ‘El seguro se fortalece para ser más seguro’, se inició en nuestro país una nueva era en materia de seguridad social de la institución tantas veces llamada *orgullo de la República*, que naciera del nuevo orden social resultado de las conquistas revolucionarias de principios del siglo XX, institución que por más de medio siglo había venido obteniendo logros impresionantes.

La alternativa de decisión era simple: o el Instituto Mexicano del Seguro Social transformaba sus esquemas de financiamiento y manejo institucional – principalmente en lo que a rubro de pensiones se refiere –, redefiniendo a la par sus prestaciones y directrices institucionales, o habría de desaparecer irremisiblemente a consecuencia de la crisis económica en que se hallaba inmerso.

En efecto, desde hacia varios años eran muchas las voces que alertaban sobre las cada vez más precarias condiciones que afectaban a la institución, del agotamiento como esquema de protección imputable a una serie de factores tanto internos como externos. El Instituto Mexicano del Seguro Social había alcanzado niveles de excelencia en ingeniería de salud pública, con instalaciones de avanzadas, logrando impresionantes resultados de tipo médico y clínico, aunque también paralelamente estaba llegando – se decía por sus críticos – al ‘gigantismo’, a la ineficacia y a la lenidad; sus costos de operación empezaban a ser deficitarios, la capacidad de respuesta instalada claramente era rebasada por la demanda de los recipientarios de sus servicios, siendo una ficción la calidad y la calidez prometida por el discurso oficial.

En este contexto, las autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social, en el mes de marzo de 1995, reconocieron públicamente sus debilidades ante el colapso financiero y de servicios que padecía la institución, por lo que resultaba inaplazable una reforma profunda en el sistema; debían hacerse cambios urgentes para mejorar, para redefinir el papel y las metas, a fin de que siguiera siendo un soporte de estabilidad social y amortiguador de los efectos más nocivos de la crisis económica que, como nunca en el siglo XX, resentía el país.”²⁵

Es indiscutible que para esta Ley es de suma importancia el corregir insuficiencias, superar limitaciones y sentar bases sólidas para que la seguridad social sea, en mayor medida, el camino por el cual mejoremos los derechos sociales.

Partiendo de las premisas precedentes, es necesario que no solo se reconozcan los problemas por los que atraviesa el seguro social, sino que se dé una solución viable y en la medida de las posibilidades para dar respuesta a las demandas que se presentan; ya que cada uno de los seguros atraviesa por serios problemas que no se pueden dejar de lado, es así, como el seguro de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte, tiene inconvenientes debido al crecimiento de los pensionados, el cual se complica porque este sector sigue en aumento conforme transcurre el tiempo; aunado a ello, las pensiones cada vez son más insuficientes y es por esta razón que los pensionados exigen mejores condiciones de vida, estabilidad y certidumbre, así como mayores oportunidades de empleo, salarios más elevados y condiciones más alentadoras al momento de su retiro laboral; esto es por mencionar solo un ejemplo.

De lo expuesto, vemos que se deben promover acciones para mejorar y fortalecer sus finanzas, ya que sin estabilidad financiera de largo plazo es insostenible

²⁵ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Ob. cit., pp. 197 a 199.

contar con un régimen de seguridad social que otorgue beneficios palpables a sus derechohabientes y que se convierta a la vez en una vía para el progreso económico y social; esto es, porque el equilibrio financiero no es la conclusión en sí misma, sino el camino indispensable para conseguir los propósitos sociales que la institución desde su inicio tiene encomendados.

La Ley en comento fue aprobada por el Congreso de la Unión el 12 de diciembre de 1995 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de ese mismo año.

“La aludida legislación no entró en vigor en la fecha primariamente prevista – 1º de enero de 1997 -, debido a que aún no estaban dadas las condiciones del nuevo sistema pensionario adoptado, entrando en vigencia en todo el país el 1º de julio de 1997, por reforma hecha a su artículo Primero Transitorio original, mediante Decreto del Congreso de la Unión del 22 de noviembre de 1996”.²⁶

De gran importancia lo ocurrido en pensiones, “se substituye el modelo solidario de reparto intergeneracional por el de la capitalización individual, transfiriendo enormes recursos presupuestales al sector financiero, arriesgándolos por los próximos 40 años y dejándolos a disposición de las Administradoras de Fondos para el Retiro; sin que ello suponga viabilidad financiera ni incremento en las pensiones”.²⁷

²⁶ Ibidem, p. 124.

²⁷ MUSSOT L. María Luisa. Alternativas de Reforma de la Seguridad Social, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 1996, pp. 11 y 12.

Se desprende de la elaboración del presente trabajo el camino recorrido para la creación de una Ley del Seguro Social, cuyo antecedente importante se tiene desde la Constitución, misma que pugró por la creación de dicha Ley, esto basándonos en que se requería un bienestar para los trabajadores, el cual para lograrlo necesitaba que existiera para la clase trabajadora un instrumento jurídico que consagrara los principios que los debían normar y así tuvieran una defensa en caso de alguna injusticia, es decir, mientras en la Carta Magna se esbozó la idea de la seguridad social, realmente se culminó con ella en la Ley del Seguro Social, porque a través de esta Ley se hicieron efectivos los principios que la doctrina manejaba como indispensables para poder constituir un régimen de seguridad social; es así como a manera de resumen mencionaremos dichos principios para dejar más clara la idea.

“El principio de solidaridad constituye el elemento esencial en la Ley aún vigente. Todos los recursos del sistema de la seguridad social se aplican a la constitución de un fondo común del que derivan los especiales de cada seguro específico.

La subsidiariedad responde a la idea de que la seguridad social no debe remplazar a lo que a cada uno le corresponde hacer por sí mismo, salvo en situaciones de emergencia. Porque el seguro social no es la única alternativa en situaciones de crisis. En cierto modo, la subsidiariedad explica que los servicios de la seguridad social se apliquen, de manera preferente a las clases más necesitadas, incapacitadas para enfrentar por sí mismas las emergencias.

La universalidad pretende que la seguridad social atienda a toda la población, a todos los hombres, no sólo a uno.

El principio de integridad busca que la cobertura se extienda al mayor número de situaciones que puede enfrentar el hombre, lo que provoca una ampliación permanente de las contingencias sociales protegidas. Ello atiende tanto a los sujetos protegidos como a las situaciones de emergencia consideradas.

La igualdad, principio supremo de la justicia social y, tal vez, el más difícil de respetar, intenta dar realización a una de las aspiraciones del hombre según la cual se eliminan las discriminaciones arbitrarias en situaciones objetivamente similares.

La Exposición de Motivos de la nueva Ley del Seguro Social debería ser congruente con los principios enunciados antes. Sin embargo, expone desde los primeros párrafos las verdaderas intenciones de su texto que no obedece a otra cosa que al propósito de convertir el sistema de la seguridad social, hoy difícilmente acreedor de ese nombre, en un mecanismo financiero que ayude al crecimiento económico del país.

Basta citar, a esos efectos, el cuarto párrafo de la Exposición de Motivos: 'La estabilidad y el crecimiento económico sostenido son condiciones indispensables para el progreso social, por eso el Plan Nacional de Desarrollo establece la articulación de la política social con la fiscal y financiera. La constitución del ahorro interno, indispensable para incrementar la inversión, se orienta a la generación creciente de empleos sobre bases sólidas para hacer posible el bienestar social perdurable'.

Pero no es todo, más adelante dirá que 'La seguridad social es uno de los mejores medios para llevar a cabo los objetivos de la política social y económica del Gobierno y satisfacer las legítimas demandas de la población...'

Ahora se trata de ‘contribuir de manera más efectiva al desarrollo nacional, a la generación de ahorro interno y al crecimiento del empleo’ aunque se invoque como pretexto ‘la crítica situación financiera por la que atraviesa el Instituto’.

Los viejos principios se inclinan ante las necesidades de ahorro nacional y, lo que es más grave, a favor de liberar a los empresarios de cargas onerosas y, por si eso fuera poco, de poner a su disposición mecanismos financieros de alta utilidad, obviamente con perjuicio de los asegurados que verán disminuidas las posibilidades de mejora de los servicios por falta de recursos. Estos ya no se destinarán a la creación y mantenimiento de centros hospitalarios, clínicas, servicios médicos de alta calidad, apoyo farmacéutico y demás servicios auxiliares, sino a la integración de capitales de supuesto rendimiento individual, cobrables a muy largo plazo y dominados por la incertidumbre acerca de su verdadera eficacia”.²⁸

Como se aprecia, era necesario hacer una mención especial de los principios en virtud de que con la Ley del Seguro Social de 1995 se da un giro que les afecta en gran medida. Por mencionar algunos ejemplos, tenemos que uno de los más dañados es el de la solidaridad, dado que la idea de la responsabilidad social en la que todos contribuyen para las necesidades de todos, se suprime, dando paso a la individualización de las cuentas y como consecuencia del mencionado sistema no conseguirán apoyarse unos a otros. Otro principio que se ve mermado con la reforma es la igualdad por similar razón, es decir, la individualización de las prestación en dinero y de la subrogación de los servicios médicos. El principio de universalidad es afectado en el sentido de que se frena la directriz de ampliación en el ámbito de seguridad social para poder prestar servicios a la mayor parte de población que se pudiera, esto porque las prestaciones se reducen y los recursos disminuyen cada vez

²⁸ *Ibidem*, pp. 21 a 25.

más. Un último ejemplo es en el caso de la integridad, que en teoría buscaba proteger todas las contingencias que ocurrieran; sin embargo, al irse dando una privatización, el resultado inminente es la minimización de la seguridad social por el hecho de que deja de ser un servicio social.

“Los propósitos explícitos de los cambios en la Ley son: resolver el desfinanciamiento del seguro de Enfermedad y Maternidad; ampliar la cobertura con la creación del seguro de Salud para la Familia y mejorar la calidad de los servicios. Vista la nueva Ley en el marco del *Programa de Reforma del Sector Salud* se revela que obedece a una agenda oculta con varios objetivos implícitos: fijar un precio a los servicios, para posteriormente definir el plan de salud correspondiente; ampliar la opción privada dentro del seguro obligatorio; avanzar en la reorganización de los servicios para transitar a la plena ‘competencia administrada’ y promover la subrogación de servicios sustantivos y auxiliares”.²⁹

Para terminar este apartado solo se hace hincapié en que la reforma planteada a la Ley del Seguro Social de 1995, da un giro en el régimen de seguridad social, en virtud, de que se deja atrás la idea de universalización de los servicios públicos y solidarios, para dar paso a la individualización. Sin embargo, este sistema no garantiza un éxito, en el sentido de que para la gran mayoría de la clase trabajadora no habrá pensiones que sean dignas de llevar una vida decorosa; por ello será necesario crear a la mayor brevedad instrumentos de inversión que realmente representen ganancias para todos aquellos trabajadores que tengan este tipo de cuentas individuales.

²⁹ Ibidem, p. 54.

LEY DEL SEGURO SOCIAL DE 2000.

“En el mes de abril de 2000, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, aprobó reformas a los artículos 131 – que alude al monto de las pensiones de viudez en la rama de invalidez y vida -, Undécimo Transitorio - que se refiere a la optabilidad de elegir si el asegurado se pensiona por el esquema de la Ley anterior o la vigente – y Duodécimo Transitorio – que alude a la carga pensionaria que implica la transición de un modelo a otro”.³⁰

Dichas reformas las encontramos en la Gaceta Parlamentaria del 27 de abril de 2000, en donde se publicó el Decreto respectivo, que para efectos de este último punto del capítulo primero, se citan a continuación:

DECRETO

“Que reforma el artículo 131 y adiciona los transitorios undécimo y duodécimo de la Ley del Seguro Social publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995 en los siguientes términos:

Artículo primero. Se reforma el artículo 131 de la Ley del Seguro Social, para quedar como sigue:

‘Artículo 131. La pensión de viudez será igual al cien por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado en caso de invalidez o de la que venía disfrutando el pensionado por este supuesto.’

³⁰ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Ob. cit., p.124.

Artículo segundo. Se adiciona el artículo undécimo transitorio de la Ley del Seguro Social, para quedar como sigue:

'Undécimo. Los asegurados inscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, al momento de cumplirse los supuestos legales o el siniestro respectivo que, para el disfrute de las pensiones de vejez, cesantía en edad avanzada o riesgos de trabajo, se encontraban previstos por la Ley del Seguro Social que se deroga, podrán optar por acogerse a los beneficios por ella contemplados o a los que establece la presente Ley.

Si la decisión es acogerse al régimen de la Ley que se deroga, la pensión de vejez o cesantía en edad avanzada, incluyendo las asignaciones familiares y las ayudas asistenciales que en su caso correspondan, no podrá ser inferior a uno punto tres veces el salario mínimo general que rija para el Distrito Federal.

Asimismo, la pensión de viudez será igual al cien por ciento de la pensión de invalidez, de vejez o de cesantía en edad avanzada que el pensionado fallecido disfrutaba, o de la que le hubiere correspondido al asegurado en caso de invalidez.

La pensión que se otorgue en caso de incapacidad permanente total, será siempre superior a la que le correspondería al asegurado por invalidez, comprendidas las asignaciones familiares y la ayuda asistencial.

Si el riesgo de trabajo trae como consecuencia la muerte del asegurado, a la viuda se le otorgará una pensión equivalente al cuarenta por ciento de la que hubiese correspondido a aquél. La misma pensión corresponde al viudo o concubinario que hubiere dependido económicamente de la asegurada. El importe de esta prestación

no podrá ser inferior a la cuantía mínima que corresponda a la pensión de viudez del seguro de invalidez y vida.

Las pensiones por riesgos de trabajo, vejez o cesantía en edad avanzada y viudez otorgadas bajo el régimen que se deroga, serán incrementadas anualmente en el mes de febrero conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor."

Artículo tercero. Se adiciona el artículo duodécimo transitorio de la Ley del Seguro Social, para quedar como sigue:

"Duodécimo. Estarán a cargo del gobierno federal las pensiones que se encuentren en curso de pago, así como las prestaciones o pensiones de aquellos sujetos que se encuentren en periodo de conservación de derechos y las pensiones que se otorguen a los asegurados que opten por el esquema establecido por la Ley que se deroga.

Dichas pensiones no podrán ser inferiores a uno punto tres veces el salario mínimo general que rija para el Distrito Federal.

Asimismo, la pensión de viudez será igual al cien por ciento de la pensión de invalidez, de vejez o de cesantía en edad avanzada que el pensionado fallecido disfrutaba.

Las pensiones en curso de pago serán incrementadas anualmente en el mes de febrero conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor'.

TRANSITORIOS

Primero. El presente decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo lo dispuesto por el artículo siguiente.

*Segundo. La cuantía mínima prevista en los artículos undécimo y duodécimo transitorios, entrará en vigor el día primero de enero del año 2001”.*³¹

Estas reformas se encaminaban hacia una mayor equidad y justicia para la clase trabajadora de nuestro país, muy en específico para las pensiones de viudez y para los trabajadores que se hayan jubilado con el esquema anterior, así como para los que decidan hacer lo mismo, esto es, regirse por la Ley derogada y no así por la vigente.

Cabe aclarar que el aumento que se propuso a las pensiones generaría un alto costo que se cubriría por medio de los impuestos, lo cual desde el punto de vista financiero era inviable, además de que estas reformas se presentaron con un propósito político dada la situación en ese momento, en razón de que venían las elecciones del 2 de julio de 2000, tan es así que también se aprobó que por única vez se otorgara la cantidad de \$1,600.00 pesos a cada pensionado, aun cuando esto no les resolvería su situación, pero para el juego político de la época si era muy importante.

En este orden de ideas, el Senado al revisar dichas reformas y tomando en cuenta el ámbito financiero del país que no se prestaba para asumir un gasto así,

³¹ Decreto que reforma el artículo 131 y adiciona los transitorios undécimo y duodécimo de la Ley del Seguro Social publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995.

detuvo dicha reforma, pero esto no se quedó ahí, ya que al asumir la presidencia Vicente Fox, continuando con la política, se comprometió a elevar el nivel de vida de los pensionados, en consecuencia se planteó nuevamente la reforma que antes había detenido el Senado.

Mientras tanto seguiremos a la espera de que en este sexenio realmente se tome en cuenta la gran problemática en la que se encuentran las pensiones en nuestro país, por lo pronto la discusión sigue posponiéndose y no se ve ningún avance para lograr una verdadera solución, dado que lo único que se hace es tratar de remediar a base de pequeñas partidas presupuestales que solo benefician por un rato a los jubilados y pensionados pero que no garantizan ninguna seguridad a largo plazo y sí se sigue dando un gran deterioro en las pensiones.

CAPÍTULO II. CAPITALES CONSTITUTIVOS

2.1. CONCEPTOS DE CAPITALES CONSTITUTIVOS.

En este rubro se citarán algunas concepciones que se tienen sobre los capitales constitutivos, es de destacarse que existe una gran complejidad en virtud de que no podemos encontrar grandes estudios sobre éste tema porque no se le ha dado la importancia que merece, incluso en el ámbito jurídico es una de las figuras más ignoradas.

Entrando en materia podemos citar el siguiente concepto, “capital constitutivo es un crédito de índole fiscal, determinado y fincado unilateralmente por las autoridades competentes del Instituto Mexicano del Seguro Social actuando en su carácter de organismo fiscal autónomo, quien goza de la facultad legal para determinar los conceptos que lo integran, los servicios brindados, los gastos administrativos erogados, así como su cuantía e importe total, *al subrogarse en los derechos de los trabajadores no asegurados o inscritos con un salario inferior al real*, consistiendo entonces en una especie de sanción económica reintegradora de gastos hechos por el Instituto asegurador sin tener la obligación de responder directamente de ellos, y cuyo pago queda al cargo de los patrones omisos o incumplidos que no hubiesen inscrito a sus trabajadores antes de ocurrido el siniestro o los hubieren inscrito con un salario inferior al real devengado.

Por disposición legal el concepto *capital constitutivo*, engloba el importe líquido de las prestaciones en especie y en dinero que deberá resarcir el patrón al

Instituto, no sólo cuando haya omitido asegurar a sus trabajadores contra riesgos de trabajo antes de que ocurra el siniestro, sino también cuando los asegure en forma tal que se disminuyan las prestaciones de los asegurados o sus beneficiarios, esto es, cuando los inscriba con un salario inferior al que realmente devengan, o tiempo después de la fecha real de inicio de la relación de trabajo en que naciera la obligación legal de inscribirlos, siendo en todos estos casos responsable el patrón de los daños y perjuicios que se causen a sus trabajadores.

Lo anterior sin perjuicio de que los patrones deban cubrir al Instituto Mexicano del Seguro Social, independientemente al capital constitutivo, el pago de las diferencias de las cuotas obreropatronales entre lo cotizado y lo que se debió cotizar con apego a la realidad, amén de todos sus accesorios: actualización, recargos y gastos de ejecución, así como de las sanciones propias a su omisión”.³²

Es importante aclarar del primer concepto que tocamos, el hecho de que los capitales constitutivos se consideran como una *sanción económica reintegradora*, esto es, “para no confundirnos y pensar que se trata de un doble cobro, debe quedar perfectamente claro que una cosa es *reintegrar* y otra muy distinta *sancionar*. En este orden de ideas, pese a la afirmación hecha por nosotros en el sentido de que los capitales constitutivos –para los efectos de su comprensión académica en cuanto a su origen, naturaleza y consecuencias jurídicas – son a nuestro parecer una especie de *sanción económica reintegradora* fincada a los patrones omisos e incumplidos, debemos dejar plenamente establecido aquí que tales cobros, si bien son una especie de sanción – no somos los únicos que consideramos como tal a los capitales constitutivos –, teleológicamente son *distintos de las multas* previstas en el artículo 304 de la nueva Ley del Seguro Social, que precisamente sanciona conductas

³² RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., pp. 286 y 287.

omisivas por el incumplimiento de pago de los conceptos fiscales que previene el precitado artículo 287 de dicha legislación – entre los que se incluyen los propios capitales constitutivos en comentario -.”³³

Merece especial atención que la figura de los capitales constitutivos fractura la teoría tradicionalista de los seguros privados, porque existe la peculiaridad de que a pesar de que no se le inscriba antes de que sea sujeto de un siniestro, queda protegido por el simple hecho de ser trabajador; por lo tanto aquí hay una gran diferencia con los seguros privados, en virtud de que este tipo de seguros no responden por nadie que no esté previamente asegurado.

Otra concepción es la que considera que “el crédito por el capital constitutivo, se establece, exigiendo a los patrones que han sido omisos en el cumplimiento de la Ley, la suma de dinero cuyos réditos sirven para que el Instituto cubra, en los casos concretos de la omisión, las pensiones y prestaciones a que legalmente haya lugar”.³⁴

También se puede considerar que, “el término capital constitutivo es de origen actuarial y se refiere a la suma necesaria que deberá ser invertida en situaciones de alta seguridad con objeto de hacer frente a las contingencias que se presenten por los siniestros contratados; sólo que el legislador extendió su contenido al ámbito fiscal y significa la recuperación económica que lleva a cabo una institución de seguridad social, por la infracción patronal en la oportuna y correcta afiliación de trabajadores”.³⁵

³³ Ibidem, p. 290.

³⁴ Ibidem, p. 292.

³⁵ Ibidem, p. 294.

Un último concepto que podemos referir, es el que señala que “con el nombre de capitales constitutivos se finca una responsabilidad patronal de pago cuando el sujeto obligado incumple la obligación de inscribir a sus trabajadores o lo hace con un salario inferior al real”.³⁶

Como se puede apreciar dentro de los conceptos señalados, existe una clara tendencia fiscal, lo cual genera una gran polémica que se analizará en el siguiente capítulo, dado que se estudiará la naturaleza fiscal de los capitales constitutivos y ahí veremos si realmente gozan de dicha naturaleza o si más bien la Ley fue la que les dio esa connotación solo para facilitar su cobro, esto tomando en cuenta las distintas opiniones que se tienen sobre el tema; sin embargo en lo que si coinciden todos los conceptos es que los capitales constitutivos se presentan como resultado del incumplimiento del patrón respecto de la norma que señala que los mismos deben registrarse e inscribir a sus trabajadores, comunicar sus altas y bajas, modificaciones de salario y demás datos, lo anterior con fundamento en el artículo 15, fracción I, de la Ley del Seguro Social.

De manera general, podemos advertir que el capital constitutivo tiene por contenido una cantidad determinada de dinero que compone el importe de las prestaciones en dinero o en especie, o ambas a la vez, otorgadas al trabajador o a sus beneficiarios, o al uno y a los otros también.

No menos importante, es el hecho de que para que procedan los capitales constitutivos es necesario e indispensable que las prestaciones ya sea en dinero o en especie realmente se hayan otorgado.

³⁶ BRICEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, Harla, México, 1987, p. 15.

Finalmente, anotamos que nuestra figura es muy polémica, asimismo genera temor para los sujetos obligados en materia de seguridad social y es muy poco explorada por la doctrina, a pesar de la gran trascendencia que conlleva en la esfera económica del sujeto que se haga acreedor del fincamiento de un capital constitutivo.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS.

Para iniciar este punto debemos partir del hecho de que al establecerse el régimen de seguridad social en México, se desarrollaron estudios técnico – actuariales para considerar cuál debía ser el capital básico e incrementos anuales mediante los cuales se podrían resolver las demandas sociales dentro de este sistema. Para ello se tomó en cuenta la población económicamente activa para 1943 y la densidad demográfica en ese año; sin embargo la tasa de crecimiento superó por mucho a la pronosticada y en la actualidad el Instituto Mexicano del Seguro Social tiene que analizar nuevamente sus valores actuariales; ya que dejar de hacerlo, generaría consecuencias muy graves, puesto que no podría afrontar el pago de los servicios pensionarios, médicos y demás que otorga. Aunado a ello no solo se debe tomar en cuenta lo apuntado, sino que existen prestaciones que tiene que conceder a personas que acorde a la Ley deberían estar afiliados y no lo están por errores que no son atribuibles al Instituto, en este sentido, es notorio advertir que en su presupuesto hay un desequilibrio, que genera una alteración la cual necesariamente se tiene que remediar; por esto se han creado los créditos denominados capitales constitutivos.

“Por naturaleza entendemos el origen de las cosas; su principio, proceso y fin; la esencia de cada cosa”.³⁷

“Los *capitales constitutivos* no sólo tienen una naturaleza intrínseca diferente a las cuotas obreropatronales, sino que de suyo engloban características notoriamente distintas a las cuotas obreropatronales, dado que se trata en sí del fincamiento y cuantificación unilateral, hecho por el ente asegurador en su actuación de organismo fiscal autónomo, de una responsabilidad determinada que impacta a los sujetos obligados a la tributación en materia de seguridad social, por medio de la cual se les exige *el reintegro o resarcimiento de todas y cada una de las prestaciones en dinero y en especie que le fueran brindadas por el Instituto Mexicano del Seguro Social a una persona que, siendo sujeto de aseguramiento en el régimen obligatorio, no fue inscrito antes de resultar siniestrado, o que de haberlo estado, fue registrado por su empleador con un salario inferior al real devengado en la relación laboral*”.³⁸

“Desentrañar la verdadera naturaleza jurídico – fiscal de que gozan los *capitales constitutivos*, no ha sido en el mundo fenomenológico tarea sencilla, pues hasta este momento lamentablemente no conocemos un estudio científico serio y confiable, por parte de los tributaristas mexicanos o de los especialistas en el derecho de la seguridad social, sobre esta índole de créditos que, desde la reforma del 24 de noviembre de 1944 realizada a la Ley del Seguro Social, que modificara sustancialmente los créditos de la institución, mismos que recordamos dejaron de tener el carácter de *títulos ejecutivos* para adoptar el carácter de fiscales. Pero en este sentido hay que recordar que el texto de la invocada reforma al artículo 135 de la Ley original de 1943, se limitó a establecer que tendría el carácter de fiscal *la obligación*

³⁷ DÁVALOS, José. *Derecho del Trabajo I*, octava edición, Porrúa, México, 1998, p. 257.

³⁸ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, Ob. cit., p. 289.

de pagar los aportes, los intereses moratorios y los capitales constitutivos; se reitera – y nos parece prudente hacerlo para prohijar el estudio del fondo de estos créditos -: sólo la obligación, más no que los créditos en sí fueran de índole fiscal.

Pese entonces a que la Ley del Seguro Social de 1973 – en su artículo 267– estableciera de nuevo su pleno carácter de fiscales, no sería sino hasta las reformas trascendentales hechas al surgir el Código Fiscal de la Federación que entraran en vigor el 1° de enero de 1983, cuando se consideró legalmente como *contribuciones* a las cuotas obreropatronales, al igual que se reconoció la plena fiscalidad a sus consecuencias legales inherentes, *aportaciones de seguridad social* que ya gozan desde entonces de ese atributo: *son de índole fiscal, y lo son por disposición expresa de la Ley.*

En opinión del autor, si suponemos que las cuotas obreropatronales son *parafiscales* (dado que tienen su origen en el artículo 123, y no en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), forman entonces parte del elenco de los derechos sociales y por ende se nutren de su doctrina, filosofía y alcances teleológicos, acaso sólo por facilitar su determinación y cobro fue que se les tildó de fiscales o, si se prefiere, que se les dio la connotación de créditos fiscales”.³⁹

Como podemos ver, establecer la naturaleza de los capitales constitutivos no es un trabajo sencillo, en el entendido de que las corrientes que existen se contradicen unas con otras, por lo que a continuación estudiaremos básicamente dos de ellas, una que considera a los capitales como sanciones y otra como créditos fiscales; sin dejar de lado otras posiciones que analizaremos en el siguiente capítulo.

³⁹ Ibidem, pp. 290 y 291.

2.2.1. CAPITALES CONSTITUTIVOS COMO SANCIONES.

Este apartado no se aleja de la polémica que genera el tema de los capitales constitutivos, en el sentido de que aquí también se encuentra la disyuntiva de si pueden o no considerarse como sanciones, al respecto también hay distintas opiniones que examinaremos.

Antes de abocarnos al tema, es necesario tener una concepción acerca de lo que entendemos por sanción, para lo cual podemos señalar que “por regla general, las normas jurídicas enlazan determinadas consecuencias al incumplimiento de los deberes que el derecho impone. Entre las derivadas de la inobservancia de un precepto jurídico cualquiera, una de las más características es la sanción.

La sanción puede ser definida como *consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado*. Como toda consecuencia de derecho, la sanción encuéntrase condicionada por la realización de un supuesto. Tal supuesto tiene carácter *secundario* ya que consiste en la inobservancia de un deber establecido por una norma a cargo del sujeto sancionado. La obligación cuyo incumplimiento representa el supuesto jurídico de la sanción, deriva a su vez de otro supuesto, al que lógicamente corresponde el calificativo de *primario*. Si las obligaciones que éste condiciona son cumplidas, el secundario no se realiza y, consecuentemente, la sanción no puede imponerse”.⁴⁰

⁴⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho, Porrúa, décimo tercera edición, México, 1965, p. 295.

Es así como existe una posición que señala que “los capitales constitutivos no se pueden considerar como sanciones, toda vez que hay lugar al capital constitutivo, aun cuando no haya habido violación a la Ley, ya que si el riesgo ocurre dentro de los cinco días hábiles que la Ley concede para la inscripción, no se ha dado la violación; sin embargo, se causa el capital constitutivo de acuerdo con el artículo 77 de la Ley del Seguro Social, y no puede haber sanción cuando no existe violación. Además aquella se adecua siempre a la gravedad de ésta y no a los gastos que origina”.⁴¹

Tomando en cuenta lo anterior, la postura antes mencionada es muy válida, en razón de que los capitales constitutivos no se pueden considerar como sanción, porque en base a lo que se entiende por sanción, forzosamente debe existir un incumplimiento a un deber que establece una norma jurídica para que se pueda hacer acreedor a una sanción, es por ello, que si existe un artículo 15 de la Ley del Seguro Social vigente, que da un término de cinco días para que el patrón pueda inscribir a sus trabajadores, además de dar aviso de las altas o bajas, así como las modificaciones de salario, si se encuentra todavía dentro del término señalado, es ilógico que se pueda pensar que un capital constitutivo que se finque de esta manera sea una sanción, esto porque no se ha infringido ninguna norma, es decir, no hay una violación a un precepto porque aún está dentro del término; además de que no estamos de acuerdo en que se finque dicho capital constitutivo si el patrón todavía está en tiempo de realizar los trámites conducentes, por lo que aquí existe una incongruencia, ya que no debería existir un término si de todas formas el artículo 77 de la Ley mencionada señala que independientemente del mismo, si ocurriese algún accidente y el trabajador no está inscrito, el patrón se hace acreedor a un capital constitutivo, en este sentido se debería pensar en omitir el referido término para que los patrones realizaran de manera inmediata los trámites necesarios para no incurrir

⁴¹ BAEZ MARTÍNEZ, Roberto. Derecho de la Seguridad Social, Trillas, México, 1991, pp. 152 y 153.

en ninguna omisión y que esto los haga merecedores de un capital constitutivo que genera graves consecuencia para el patrón, sin embargo, este tema se abordará con mayor atención en el último capítulo del presente trabajo.

En contraposición a lo antes mencionado, tenemos que “los Tribunales comenzaron a considerar que la liquidación de este adeudo tenía características de sanción, ya que se originaba de una omisión patronal, como es la no inscripción de un trabajador o la fijación incorrecta del grupo de cotización de los trabajadores; como se observaba desproporcionado el monto del crédito con la posible infracción cometida, se habló de multas excesivas y confiscatorias, que inclusive transgredían el artículo 22 Constitucional. Además de que se violaba la garantía de audiencia y sus elementos fundamentales no estaban previstos en la Ley”.⁴²

Esta postura también puede ser correcta, si omitimos el término de cinco días, porque en este caso sí existe una violación de la norma ya que los patrones no están cumpliendo con la misma, esto basándonos en el hecho de que no realizan la inscripción o bien la misma la presentan con vicios, que por lógica afectarían al trabajador al momento que sufra algún menoscabo en su persona, por el desempeño de sus labores en el trabajo y que por ello tenga derecho por ejemplo a una pensión, la cual sería menor si el patrón no inscribió al trabajador de acuerdo con su salario y lo hiciera con uno menor, lo cual acarrearía consecuencias graves para el trabajador.

Se deduce entonces que los capitales constitutivos son una especie de sanción indemnizatoria que tiene por objeto restituir al Instituto los daños y perjuicios causados a éste y a los demás asegurados, lo anterior como resultado de la omisión en

⁴² MORENO PADILLA, Javier. *Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR*, Themis, segunda edición, México, 1994, p. 302.

el cumplimiento de las obligaciones que tiene el patrón a su cargo, de acuerdo con lo que señala la Ley del Seguro Social, esta posición podría ser la adecuada para delimitar la naturaleza de los capitales constitutivos, siempre y cuando se presente una solución a la polémica que se genera entre el artículo 15 y 77 de la Ley del Seguro Social, en razón del término de cinco días, porque si esta postura sigue como hasta ahora, entonces no podemos decir que los capitales tengan naturaleza de sanción, porque aun estando dentro del término se les puede fincar el mencionado capital, como ya lo habíamos explicado anteriormente y en consecuencia no existiría violación a un precepto para poder generar una sanción.

2.2.2. CAPITALS CONSTITUTIVOS COMO CRÉDITOS FISCALES.

“En opinión de Javier Moreno Padilla, los ingresos que obtiene el IMSS se deben invertir en la forma que señala la Ley de la materia. Estas reservas incluyen las cantidades que actuarialmente se han calculado para que el organismo en cita pueda hacer frente a las presiones a que la Ley lo obliga. Dichas cantidades son las que se conocen con el nombre de ‘capitales constitutivos’. Es muy frecuente confundir el capital constitutivo con el crédito fiscal que lleva esa misma denominación. El primero, es aquella suma de dinero que requiere cualquier institución aseguradora para que pueda proporcionar, con los dividendos que esa cantidad le rinda, una pensión a sus derechohabientes; en tanto que el segundo, el crédito por el capital constitutivo, se establece de acuerdo con el artículo 77 de la Ley del Seguro Social, exigiendo a los patrones que han sido omisos en el cumplimiento de la Ley, la suma

de dinero cuyos réditos sirven para que el Instituto cubra, en los casos concretos de la omisión, las pensiones y prestaciones a que legalmente haya lugar”.⁴³

Es importante dejar claro que se entiende por crédito fiscal, para ello tomaremos la definición textual que se presenta en el artículo 4° del Código Fiscal de la Federación:

“Son créditos fiscales los que tenga derecho a percibir el Estado o sus organismos descentralizados que provengan de contribuciones, de aprovechamientos o de sus accesorios, incluyendo los que deriven de responsabilidades que el Estado tenga derecho a exigir de sus servidores públicos o de los particulares, así como aquellos a los que las leyes les den ese carácter y el Estado tenga derecho a percibir por cuenta ajena.

*La recaudación proveniente de todos los ingresos de la Federación, aun cuando se destinen a un fin específico, se hará por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o por las oficinas que dicha Secretaría autorice”.*⁴⁴

Además del concepto legal, podemos decir que el crédito fiscal, se puede entender como “el derecho que tiene el Estado a exigir el pago de una prestación, en dinero o en especie, derivado de la Ley, y como consecuencia de su soberanía. A este derecho del Estado que se convierte en el sujeto activo de la relación fiscal,

⁴³ Ibidem, p. 292.

⁴⁴ Código Fiscal de la Federación. Ediciones Fiscales ISEF, vigésima séptima edición, México, 2003, p.3.

corresponde el deber del sujeto pasivo de cumplir con la prestación que determine la Ley. El Estado ejerce este derecho por medio de sus representantes expresamente autorizados que pueden ser incluso organismos descentralizados. En caso de incumplimiento por parte del sujeto pasivo, el Estado tiene la facultad económico-coactiva”.⁴⁵

Los créditos fiscales llamados capitales constitutivos de acuerdo con la doctrina, tienen como hechos generadores: la presentación de un aviso de alta de los trabajadores posterior a un riesgo ocurrido, la cotización del salario a un grupo inferior del que corresponde o bien que no este inscrito en el régimen del seguro social.

Estos capitales constitutivos se determinan de manera discrecional por parte del Instituto, aunque esto es parcial porque las prestaciones en dinero y en especie si están previamente determinadas en Ley pero los rubros con los que se integran los capitales constitutivos no están plenamente definidos en la misma, lo cual es materia de polémica en cuanto a la constitucionalidad o no de los mismos, dado que todo acto de molestia debe ser en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, por lo que al no señalarse claramente cada uno de los preceptos que funden y motiven los elementos que integren un capital constitutivo, se estará ante una clara violación al artículo 16 de nuestra Constitución.

“Si se considera que las aportaciones al Seguro Social tienen naturaleza fiscal, esto representa la necesidad de ser coherentes con los principios que se originan de esta afirmación y primordialmente soportar los mismos en el marco constitucional

⁴⁵ CD – ROM Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico.

adecuado. La creación de los adeudos llamados capitales constitutivos pueden ser justificados dentro de la estructura tributaria, siempre y cuando se ajuste a los principios de proporcionalidad, equidad y legalidad, que en forma primaria desarrolla esta rama del derecho, definitivamente sí tiene que ver este tipo de créditos con el artículo 31 fracción IV, porque de lo contrario no tendría facultades el legislador del Seguro Social de establecer contribuciones fiscales a patrones y trabajadores”.⁴⁶

En todo caso, es indispensable tomar en cuenta los principios de legalidad, proporcionalidad y equidad, porque el autor en comento hace mención a los mismos, en este sentido es importante saber de que estamos hablando al nombrarlos, sobre todo porque como hemos señalado existen posiciones en contra de considerar a los capitales investidos de una naturaleza fiscal precisamente porque no cumplen con los principios citados y sobre todo porque se maneja que la naturaleza de los mismos no tiene que ver con el ámbito fiscal, por lo tanto, haremos mención de lo que se entiende por cada uno de ellos, simplemente para tener una conceptualización de los mismos, pero no por considerar que los capitales constitutivos deban cumplirlos, ya que como lo mencionamos en el tema anterior, concluimos que los capitales podrían considerarse más como una sanción indemnizatoria, por lo tanto, no tendrían que atender a éstos principios; por ahora solo se abordará de esta manera, ya que en el capítulo siguiente entraremos al análisis de los capitales constitutivos en cuanto a su naturaleza fiscal, estudiando diferentes posturas y generando así una mayor comprensión.

El principio de legalidad se refiere a que debe establecerse a través de una Ley; es por ello que la autoridad no puede realizar acto alguno, sin encontrarse previa y expresamente facultada por una Ley aplicable al caso. En cuanto a los particulares,

⁴⁶ MORENO PADILLA, Javier. Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR, Ob. cit., p. 303.

sólo se encuentran obligados a cumplir con las obligaciones que les impongan las leyes aplicables y asimismo pueden hacer valer lo que dichas leyes determinen para el caso concreto.

“En términos generales, el principio de legalidad actúa como una importante limitación al ejercicio del poder público y como una especie de escudo protector de la esfera de derechos de los particulares”.⁴⁷

En el caso del principio de proporcionalidad, “de acuerdo con la definición de Serra Rojas, proporción es la disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí. Aplicando esta definición a la materia fiscal podemos decir que la proporcionalidad es la correcta disposición entre las cuotas, tasas o tarifas previstas en las leyes tributarias y la capacidad económica de los sujetos pasivos por ellas gravadas. Significa entonces, que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de sus respectivas capacidades económicas, aportando a la Hacienda Pública una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos, pero nunca una cantidad tal que su contribución represente prácticamente el total de los ingresos netos que hayan percibido, pues en este último caso se estaría utilizando a los tributos como un medio para que el Estado confisque los bienes de sus ciudadanos”.⁴⁸

Finalmente, para abordar el principio de equidad, “siguiendo el criterio del doctor Andrés Serra Rojas, por equidad debemos entender una igualdad de ánimo, un

⁴⁷ ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo. Derecho Fiscal, Themis, décima quinta edición, México, 2001, p. 23.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 257.

sentimiento que nos obliga a actuar de acuerdo con el deber o de la conciencia, más que por los mandatos de la justicia o de la Ley.

Margain Manautou estima a su vez que un tributo será equitativo cuando su impacto económico sea el mismo para todos los comprendidos en la misma situación.

De las transcripciones que anteceden podemos arribar a la conclusión de que el común denominador del Principio de Equidad está constituido por la igualdad. Esto significa que para el debido acatamiento del Principio, las leyes tributarias deben otorgar el mismo tratamiento a todos los sujetos pasivos que se encuentren colocados en idéntica situación, sin llevar a cabo discriminaciones indebidas y, por ende, contrarias a toda noción de justicia”.⁴⁹

Independientemente de que en el siguiente capítulo estudiaremos a fondo el ámbito fiscal de los capitales, trataremos solo de sentar las bases por las cuales no podemos considerar que tengan una naturaleza fiscal, en este sentido, los principios antes descritos no pueden ser aplicables a los capitales constitutivos porque no tienen cabida en una institución conceptuada como consecuencia derivada de un incumplimiento del patrón respecto de las obligaciones que establece la Ley del Seguro Social.

En este sentido, el atribuir la naturaleza fiscal a los capitales, se da más en razón de generar una estabilidad y permanencia en el sistema del seguro social, pues a través de dotar al Instituto de la facultad expedita para hacerlos efectivos mediante el procedimiento económico – coactivo, busca que dicho organismo en la práctica pueda prestar eficiente y oportunamente el servicio público del seguro social; lo anterior

⁴⁹ Ibidem, p. 259.

obedece a que se de la recuperación del importe de las prestaciones otorgadas, mismas que el Instituto no tenía contempladas y que se generan precisamente por la omisión del patrón, lo cual no debe ocasionar una inestabilidad en las finanzas del Instituto, por lo que es muy importante que se de la recuperación del servicio prestado y a ello está obligado el patrón que incumplió su obligación; es así como el Instituto tiene una obligación con la clase trabajadora, pero la misma se deriva precisamente de las aportaciones que se tienen que otorgar y si en este caso el patrón incumple con ello, entonces existe un detrimento para el trabajador.

Para este punto de los capitales constitutivos como créditos fiscales se puede arribar a la conclusión de que los mismos se llegan a considerar como tales, solo porque la propia Ley así lo señala, esto en su artículo 287, que a la letra dice:

“Las cuotas, los capitales constitutivos, su actualización y los recargos, las multas impuestas en los términos de esta Ley, los gastos realizados por el Instituto por inscripciones improcedentes y los que tenga derecho a exigir de las personas no derechohabientes, tienen el carácter de crédito fiscal”.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que vaya de acuerdo con su naturaleza, en todo caso se desprende que los capitales se pueden encuadrar más dentro de la sanción, porque son resultado del incumplimiento a una norma, con las reservas que hemos señalado en cuanto al término de los cinco días.

Reiterando que el legislador les dio el título de créditos fiscales para hacer más eficaz y práctico su cobro, porque enfocarlos por su naturaleza hacia el ámbito fiscal sería cumplir con los lineamientos que requieren las figuras que pertenecen a

éste y que solo por referir algo, vimos que de entrada no cumplen con los principios que guarda esta materia y por ende no se puede decir que tienen esa naturaleza.

2.3. ELEMENTOS QUE INTEGRAN LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS.

El capital constitutivo se compone por una suma determinada de dinero que constituye el valor de las prestaciones en dinero o en especie, o ambas a la vez, concedidas al trabajador o a sus beneficiarios, o bien a ambos.

“Las prestaciones en metálico y en especie las otorgará de inmediato el propio Instituto al operario siniestrado o a sus beneficiarios, sin condicionante alguna, inmediatamente que conozca del caso de un trabajador siniestrado que no se encuentra asegurado.

Ello con independencia de que el patrón responsable cubra o no el importe de las prestaciones en dinero y en especie otorgadas – es decir: el monto del capital constitutivo que le fuere fincado por el Instituto Mexicano del Seguro Social -, pues así como no está condicionada la prestación de servicios del Instituto asegurador al pago de cuotas obreropatronales por parte del patrón o sujeto obligado, tampoco está supeditada la prestación de servicios, al pago del importe de los capitales constitutivos respectivos. Lo anterior no es más que una manifestación evidente de la justicia social que impera en esta materia, y de la enorme diferencia de los alcances de la cobertura de los seguros sociales con respecto de los seguros privados, pues

éstos naturalmente que no protegen – y mucho menos indemnizan – a quien previamente al siniestro no se halle asegurado”.⁵⁰

En cuanto a los elementos que integran los capitales constitutivos se puede citar el artículo 79 de la Ley del Seguro Social vigente que señala:

“Los capitales constitutivos se integran con el importe de alguno o algunas de las prestaciones siguientes:

- I. Asistencia médica;*
- II. Hospitalización;*
- III. Medicamentos y material de curación;*
- IV. Servicios auxiliares de diagnóstico y de tratamiento;*
- V. Intervenciones quirúrgicas;*
- VI. Aparatos de prótesis y ortopedia;*
- VII. Gastos de traslado del trabajador accidentado y pago de viáticos en su caso.*
- VIII. Subsidios;*
- IX. En su caso, gastos de funeral;*
- X. Indemnizaciones globales en sustitución de la pensión, en los términos del último párrafo de la fracción III del artículo 58 de esta Ley;*
- XI. Valor actual de la pensión, que es la cantidad calculada a la fecha del siniestro y que, invertida a una tasa anual de interés compuesto del cinco por ciento, sea suficiente, la cantidad pagada y sus intereses, para que el beneficiario*

⁵⁰ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., p.478.

disfrute la pensión durante el tiempo a que tenga derecho a ella, en la cuantía y condiciones aplicables que determina esta Ley, tomando en cuenta las probabilidades de reactividad, de muerte y de reingreso al trabajo, así como la edad y sexo del pensionado; y

XII. *El cinco por ciento del importe de los conceptos que los integren, por gastos de administración”.*⁵¹

“El capital constitutivo, como antes se dijo, puede tener por contenido el importe de prestaciones en especie solamente, porque el trabajador accidentado puede requerir atención médica y las prestaciones en especie similares, sin tener la incapacidad temporal que da lugar al subsidio como prestación en dinero; o de las prestaciones en dinero únicamente, porque el Instituto le pague subsidios o pensión al trabajador accidentado, o ambas prestaciones, sin haberle otorgado prestaciones en especie; o de las prestaciones para los beneficiarios del trabajador accidentado, si éste muere como consecuencia del siniestro; o de las prestaciones otorgadas al uno y a los otros, en el caso en que se hayan dado primero al trabajador accidentado y muera después dejando beneficiarios”.⁵²

“Por ende, su importe será cuantificado en base al monto de las prestaciones económicas y de índole médico que el Instituto Mexicano del Seguro Social se vio obligado a brindar al asegurado y/o a sus derechohabientes – según cada caso en particular -, *al subrogarse en los derechos de los interesados que, con arreglo al*

⁵¹ Ley del Seguro Social. Ediciones Fiscales ISEF, décimo sexta edición, México, 2002, pp. 36 y 37.

⁵² RODRÍGUEZ TOVAR, José de Jesús. Derecho Mexicano de la Seguridad Social, Fondo para la Difusión del Derecho, México, 1989, p. 249.

artículo 18 de la precitada Ley del Seguro Social, solicitan de aquél su intervención directa como institución aseguradora nacional y acogerse a su manto protector”.⁵³

Atendiendo a lo señalado, es importante citar como referencia el mencionado artículo 18 de la Ley del Seguro Social, dado que sirve de auxilio a los propios trabajadores para ser ellos mismos los que realicen determinados trámites que les beneficiarán, porque en él se establece que:

“Los trabajadores tienen el derecho de solicitar al Instituto su inscripción, comunicar las modificaciones de su salario y demás condiciones de trabajo y, en su caso, presentar la documentación que acredite dicha relación, demuestre el período laborado y los salarios percibidos. Lo anterior no libera a los patrones del cumplimiento de sus obligaciones ni les exime de las sanciones y responsabilidades en que hubieren incurrido.

Asimismo el trabajador por conducto del Instituto podrá realizar los trámites administrativos necesarios para ejercer los derechos derivados de las pensiones establecidas por esta Ley”.

De conformidad con este artículo los trabajadores pueden solicitar la intervención del Instituto para no quedar en estado de indefensión, y así ser ellos mismos los que puedan demostrar bajo que condiciones están laborando y que derechos tienen, sin que esto propicie que los patrones dejen de cumplir con sus obligaciones, ni con las consecuencias que de ellas se deriven.

⁵³ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., p. 289.

Concluyendo este punto, vemos que la integración que se da con estos elementos, se refiere a las partidas o conceptos por los cuales se le cobrará al patrón el capital constitutivo, sin embargo, solo existe este artículo 79 de la Ley señalada que regula este aspecto tan importante de los capitales, por lo que consideramos que debe existir una mayor regulación a este respecto, para que esté bien fundamentado cada uno de los renglones que forman parte del capital a efecto de no dejar al arbitrio de nadie su cuantificación, en razón de la importancia que tienen para los patrones o sujetos obligados y las graves consecuencias que pueden generar para una empresa; aunado a ello, es de suma trascendencia que se den a conocer por medio oficiales los costos que representan para el Instituto las erogaciones realizadas con motivo de la atención al trabajador y así los particulares tengan a su alcance esa información y puedan considerar los efectos que tiene el no afiliarse a un trabajador en los términos que señala la Ley del Seguro Social.

2.4. CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DE LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS.

El cobro de un capital constitutivo se deriva de una prestación que el patrón no otorga. Es así como el artículo 123 Constitucional señala que:

*“Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo ...”*⁵⁴

⁵⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones Fiscales ISEF, sexta edición, México, 2003, p. 90.

Respecto al cobro de capitales constitutivos, la fracción XIV apartado “A”, del citado artículo es parte de su fundamento, por ello es importante citarla:

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 patrones deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

Consecuentemente a la letra se entiende que si el trabajador sufre un riesgo de trabajo sin estar previamente inscrito por el patrón en el Instituto, dicho patrón tendría la obligación de conceder las prestaciones legales que correspondieren al trabajador por la ocurrencia del siniestro; en igual forma, si se presenta el caso de que el trabajador sufre el riesgo sin estar inscrito correctamente, por tener manifestado un salario base de cotización inferior al real, aclarando que en este último supuesto el patrón solo estaría obligado por las diferencias respectivas.

Cabe destacar que lo anterior se prestaría para injusticias, dado que el patrón podría aprovecharse de su condición y otorgar las prestaciones de acuerdo a su conveniencia, por ello la Ley del Seguro Social buscando precisamente la protección para los trabajadores, establece que no sea el patrón quien conceda directamente las prestaciones en especie y en dinero al trabajador accidentado o a sus beneficiarios, sino que sea el Instituto quien las otorgue en sustitución de las obligaciones que recaen en el patrón como consecuencia del siniestro, situación por la cual el patrón

debe hacer frente al importe de las mismas, generándose así el fincamiento del capital constitutivo.

Es importante reiterar para este punto que estamos tratando, que de la propia Ley del Seguro Social se observa que no hay una definición de nuestra figura, es por ello que se entra en contradicción de opiniones, es decir, como hemos señalado antes para algunos autores se pueden considerar como sanciones, mientras que para otros son créditos fiscales; sin embargo no solo se dan estas dos opiniones; esto es, hay autores que consideran que los capitales constitutivos son contribuciones especiales, contribuciones parafiscales o bien aportaciones de seguridad social, tema que trataremos más a fondo en el siguiente capítulo, simplemente queremos dejar claro que gracias a la falta de textos especializados en este rubro, es que se entra en esta polémica que nos lleva incluso a dejar entre comillas su constitucionalidad y legalidad.

Tan es así que al señalar que los capitales constitutivos se pueden considerar como sanciones, se entra también a un punto de reflexión en el sentido de que se consideren como créditos que generan multas excesivas lo que nos da como resultado una violación al artículo 22 Constitucional, porque en este precepto se establece una prohibición respecto de dicha imposición de multas.

Para complementar la información en este rubro, tomaremos en cuenta algunas jurisprudencias y tesis aisladas que se han generado en el sentido de la constitucionalidad o no de los capitales constitutivos, para poder así generar algunos comentarios al respecto.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Junio de 1997

Tesis: P./J. 38/97

Página: 100

SEGURO SOCIAL, LEY DEL. AUNQUE LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS TIENEN EL CARÁCTER DE CONTRIBUCIONES DIVERSAS A LOS IMPUESTOS, DERECHOS Y CONTRIBUCIONES DE MEJORAS, DEBEN CUMPLIR CON LOS REQUISITOS DE EQUIDAD Y PROPORCIONALIDAD, DE ACUERDO CON SU NATURALEZA ESPECÍFICA. El Constituyente de 1917 estableció en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la obligación de todos los mexicanos de contribuir a los gastos públicos, pero a su vez consignó el derecho de éstos a que dicha contribución se realizara de la manera proporcional y equitativa que dispusieran las leyes. Es decir, el Constituyente de 1917 plasmó las bases generales de la facultad impositiva del Estado para el logro de las funciones que le están encomendadas, pero dejó al legislador ordinario la facultad de determinar en cada época de la historia la forma y medida en que los individuos y los grupos que integran la sociedad deben contribuir. Así, es el legislador ordinario quien, respetando las bases fundamentales de nuestra Constitución Política, debe definir cuáles son las contribuciones que en cada época existirán de acuerdo con las circunstancias sociales y económicas, la evolución de la administración pública y las responsabilidades que el Estado vaya asumiendo en la prestación y el mantenimiento de servicios públicos que aseguren el desarrollo integral de los individuos que componen la sociedad. En efecto, el legislador ordinario ha otorgado a los capitales

constitutivos el carácter fiscal, expresamente en el artículo 267 de la Ley del Seguro Social; además, los capitales constitutivos participan actualmente de todas las características propias de una relación jurídica tributaria, a saber: 1) el sujeto activo de la relación es un ente público, el Instituto Mexicano del Seguro Social, que si bien tiene personalidad jurídica y patrimonio propios diversos a los del Estado, fue creado por éste, forma parte de la Administración Pública Federal Paraestatal y realiza una función que al Estado le compete: la del servicio público de seguridad social; 2) es una obligación impuesta unilateralmente por el Estado, en virtud de su poder de imperio, para todo aquel que se coloque en la hipótesis normativa, pues ni el patrón ni el trabajador tienen la opción de no acogerse al sistema de seguridad social; 3) es una obligación que tiene su origen en un acto formal y materialmente legislativo: la Ley del Seguro Social; 4) el instituto encargado de la prestación de este servicio público está dotado por la Ley de facultades de investigación para verificar el debido cumplimiento de las obligaciones que deriven de aquélla, así como para, en su caso, determinar, fijar en cantidad líquida y cobrar las contribuciones relativas, mediante el procedimiento administrativo de ejecución (artículos 240, fracción XVIII, 268 y 271 de la Ley del Seguro Social); 5) los ingresos que por virtud de tales aportaciones se recaudan, son para sufragar el gasto público, en tanto se destinan a la satisfacción, atribuida al Estado, de una necesidad colectiva y quedan comprendidos dentro de la definición que de tal concepto da la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, y si bien pasan a formar parte del patrimonio del organismo descentralizado, no se funden con el resto de los ingresos presupuestarios, por destinarse a un gasto especial determinado en la Ley que los instituye y regula, lo que se deriva de su naturaleza que responde a una obligación de carácter laboral, pero que para prestarse con mayor eficacia y solidaridad ha pasado al Estado a través del Instituto Mexicano del Seguro Social. Lo anterior no quita a los capitales constitutivos su destino al gasto público, pues nuestra Constitución no prohíbe que las contribuciones se apliquen a un

gasto público especial, sino a un fin particular. Consecuentemente, si tales capitales constitutivos tienen naturaleza fiscal, es decir, son contribuciones en términos de lo dispuesto en el artículo 31, fracción IV, constitucional, los mismos están sujetos a los requisitos de proporcionalidad y equidad que en tal precepto se establecen.

Contradicción de tesis 7/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito. 6 de mayo de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y Olga María Sánchez Cordero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Angelina Hernández Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de mayo en curso, aprobó, con el número 38/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y siete.

De lo citado anteriormente, vemos que el legislador no solo a través de la Ley, sino también por jurisprudencia ha otorgado el carácter fiscal a los capitales constitutivos, haciendo incluso una enumeración de las características que tienen, a efecto de que no quede duda que se pueden considerar como tales, situación que discutiremos en el siguiente capítulo, que precisamente trata en uno de sus puntos de la naturaleza fiscal de los capitales constitutivos.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: V, Junio de 1997

Tesis: P./J. 39/97

Página: 139

SEGURO SOCIAL, LEY DEL. CONSTITUCIONALIDAD DE SU ARTÍCULO 84 QUE ESTABLECE EL FINCAMIENTO DE CAPITALS CONSTITUTIVOS. El artículo 84 de la Ley del Seguro Social dispone, en su penúltimo párrafo, que: "Los avisos de ingreso o alta de los trabajadores asegurados y los de modificaciones de su salario, entregados al instituto después de ocurrido el siniestro, en ningún caso liberarán al patrón de la obligación de pagar los capitales constitutivos, aun cuando los hubiese presentado dentro de los cinco días a que se refiere el artículo 19 de este ordenamiento.". De la transcripción anterior no se advierte que dicho dispositivo viole el principio de equidad previsto en el artículo 31, fracción IV, constitucional, por fincarse al patrón capitales constitutivos aun cuando haya inscrito al trabajador, dentro del término legal, ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, pues pretender que éste soporte, con cargo a su patrimonio, toda la serie de gastos que integran los capitales constitutivos, ocasionados con motivo de accidentes de trabajo ocurridos a trabajadores que fueron inscritos con posterioridad al momento en que ocurrió el siniestro, es desconocer que el sistema del Seguro Social en México opera sobre la base de los cálculos actuariales, como se expresa en la exposición de motivos de la Ley que rige a ese instituto, y busca compensar y repartir las cargas económicas de sus costos entre un determinado número de empresas y de asegurados, de lo que se infiere que si este número aumenta y no así las cuotas de los beneficiados, surgirá un desequilibrio entre los servicios que tiene que prestar el instituto y los fondos con que

cuenta para satisfacerlos. Es principio general común, tanto para el sistema del seguro privado voluntario, como para el seguro social obligatorio, la cobertura de un determinado riesgo y, en mérito a ello, puede afirmarse que no es concebible el inicio o existencia de un seguro después de ocurrido el siniestro, pues no se puede asegurar, para el futuro, un riesgo ya realizado. Por las razones anteriores, no se trata propiamente de una facultad establecida para el seguro privado, sino de una verdadera y real instancia del seguro y, para ello, en forma congruente con el resto de las disposiciones que consigna el artículo 84 citado, se establece en el penúltimo párrafo de dicho artículo, la obligación para los patrones de cubrir los capitales constitutivos fincados a su cargo, aun cuando hayan dado aviso de ingreso de sus trabajadores al seguro, dentro del término de cinco días que para tal efecto fija el artículo 19 de la Ley del Seguro Social, si esto sucede con posterioridad a la fecha en que ocurrió el siniestro. De aquí se deriva que, si bien la obligación para los patrones consiste en asegurar dentro del término legal a sus trabajadores, si ello ocurre con posterioridad al siniestro, procederá el fincamiento del capital constitutivo, no porque el patrón no lo hubiera inscrito dentro del término legal, sino porque al hacerlo ya se había producido el siniestro y el seguro obtenido mediante la inscripción sólo puede afrontar los riesgos futuros, por lo que el precepto de referencia es constitucional.

Contradicción de tesis 7/96. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Segundo Circuito. 6 de mayo de 1997. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Mariano Azuela Güitrón y Olga María Sánchez Cordero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Angelina Hernández Hernández.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de mayo en curso, aprobó, con el número 39/97, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Se refiere ésta jurisprudencia a que no hay violación al artículo 31 fracción IV Constitucional por parte del artículo 84 hoy artículo 77 de la Ley del Seguro Social, refiriéndose a la equidad, puesto que el Instituto no puede solventar los gastos que surgen con motivo de la atención que se brinde a un trabajador que no ha sido inscrito, aun cuando el patrón esté dentro del término, esto porque generaría un desequilibrio; tema que será considerado más a fondo en el capítulo cuarto, ya que existe una gran polémica, además de ser precisamente el tema central de la presente tesis.

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Septiembre de 1996

Tesis: 2a./J. 47/96

Página: 77

CAPITALES CONSTITUTIVOS. PARA SU DEBIDA FUNDAMENTACIÓN BASTA CITAR LOS PRECEPTOS RELATIVOS A LOS ASPECTOS ESENCIALES A ESTA CONTRIBUCIÓN PECULIAR. Para considerar adecuadamente fundados los capitales constitutivos, es suficiente que en su determinación se citen los artículos 84, 86 y 240, fracciones XII, XIV, XV y XVII, que prevén, respectivamente, las hipótesis del

fincamiento de los capitales constitutivos, las prestaciones que los integran y la competencia del Instituto Mexicano del Seguro Social para determinarlos, por tratarse de los aspectos esenciales que rodean a esta contribución peculiar, los cuales deben darse a conocer al patrón obligado a su pago, pues en esos preceptos se encuentran comprendidos los datos necesarios que permiten a aquél la preparación de una adecuada defensa a través de los medios jurídicos procedentes. Esto es, para cumplir con lo dispuesto en el artículo 16 constitucional, no se exige la cita de las disposiciones legales y reglamentarias que fijan las cantidades a cubrir por cada uno de los rubros desglosados en tales capitales pues, además de que en ningún precepto de la Ley del Seguro Social se indican los montos o cantidades que deben pagarse por cada una de las prestaciones que integran los capitales constitutivos, ni las bases para su liquidación, los artículos que se refieren al fincamiento de los mismos atribuyen al Instituto Mexicano del Seguro Social facultades para determinarlos, así como las bases para su liquidación, según se puede apreciar de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 84 y 240, fracciones XII, XIV y XVII, de la Ley del Seguro Social.

Contradicción de tesis 103/95. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. 30 de agosto de 1996. Cinco votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Alejandro Sánchez López.

Tesis de jurisprudencia 47/96. Aprobada por la Segunda Sala de este alto tribunal, en sesión pública de treinta de agosto de mil novecientos noventa y seis, por unanimidad de cinco votos de los Ministros: Juan Díaz Romero, Mariano Azuela Güitrón, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y presidente Genaro David Góngora Pimentel.

En ésta jurisprudencia se plantea la situación de citar los preceptos en un sentido general y no así puntualizar cada uno de los rubros que se aplicarían al momento de determinar las cantidades de los capitales constitutivos, con lo cual cumplen con el requisito de fundamentación y motivación que exige el artículo 16 Constitucional, en este sentido también señalan que lo anterior se manifiesta porque la propia Ley del Seguro Social no establece las cantidades que se deberán cubrir en los casos que se presenten a este respecto; aquí podríamos buscar una reforma a la Ley en este punto, en el entendido de que es importante que existan las disposiciones concretas que se pueden aplicar, esto es, que para cada caso se de un buen fundamento específico y no así se generalice mediante la cita de artículos.

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: II, Noviembre de 1995

Tesis: P. XCIV/95

Página: 76

CAPITALES CONSTITUTIVOS. EL ARTICULO 45 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL QUE ESTABLECE EL CARÁCTER DEFINITIVO DE LOS MISMOS AL MOMENTO DE NOTIFICARSE, NO VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA. El artículo 45 de la Ley del Seguro Social que otorga el carácter de definitivos a los capitales constitutivos al momento de notificarse, no viola la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional por el hecho de que previamente a tal definitividad no se otorgue a los afectados el derecho de alegar en su favor, toda vez que el artículo 274 de la Ley relativa establece el recurso de inconformidad contra los

actos definitivos del Instituto Mexicano del Seguro Social por medio del cual se les da la oportunidad de ser oídos en su defensa, respetándose así el derecho fundamental de audiencia de los gobernados, de cuyo espíritu deriva que no se requiere, necesariamente y en todos los casos, la audiencia previa, como ocurre tratándose de contribuciones, entre ellas las aportaciones de seguridad social, lo que resulta aplicable al fincamiento de capitales constitutivos, pues es lógico que el cobro de los gastos ocasionados con motivo del incumplimiento de los patrones y que da lugar a su fincamiento, debe hacerse mediante actos ejecutivos y unilaterales, que si bien pueden ser sometidos a una revisión posterior mediante el recurso de inconformidad aludido, no pueden quedar paralizados por el requisito de audiencia previa, pues ello significaría descapitalizar en la proporción respectiva al Instituto Mexicano del Seguro Social al hacerlo soportar en su patrimonio la serie de gastos que integran los capitales constitutivos y que especifica el artículo 86 de la Ley de la materia, con la consiguiente repercusión en el sistema de seguridad social que como servicio público presta.

Amparo directo en revisión 1862/94. Distribuidora de Huevos Los Compadres, S.A. de C.V. 25 de septiembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el diecinueve de octubre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número XCIV/95 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de

jurisprudencia. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

Finalmente se presenta ésta tesis que pugna porque no existe violación a la garantía de audiencia que establece el artículo 14 Constitucional, en la inteligencia de que al ser considerados los capitales constitutivos con las características fiscales, se puede interponer el recurso de inconformidad contra actos definitivos del Instituto, por lo tanto con esto se otorga el derecho de defenderse en juicio, independientemente de que ya se haya generado el capital constitutivo, dado que por su naturaleza según esta tesis no puede tener una audiencia previa por el quebrantamiento económico que generaría al Instituto, con ello se da cumplimiento al artículo 14 Constitucional.

De lo expuesto anteriormente en las jurisprudencias y tesis citadas, que aunque lógicamente no son todas las existentes en el tema, debido a que ponernos a referir cada una de ellas sería labor para un solo trabajo que versará sobre un análisis de tesis y jurisprudencias, tratamos de hacer referencia solo algunas que son aplicables a la esencia de nuestro trabajo y que de alguna manera fueran también de las más actuales.

En opinión personal, dejando a un lado los criterios señalados, todavía existen grandes lagunas que tienen como consecuencia una inseguridad jurídica para los patrones, esto porque no existe una debida fundamentación y motivación de los capitales constitutivos, considerando entonces que es indebido señalar que cumplan con lo establecido en el artículo 16 Constitucional, porque no se especifican los importes de cada una de las partidas que los integran ni las disposiciones legales

aplicables a cada caso concreto, por lo que se da una disyuntiva en torno a la constitucionalidad o no de los mismos.

Resulta de gran importancia tomar en cuenta los alcances jurídicos que pueden tener los fincamientos de capitales constitutivos, dado que los mismos afectan la esfera económica de los patrones, ello porque se ven obligados a pagar una cantidad de dinero por la cual el Instituto podrá recuperar las cantidades que en dinero o bien en especie haya otorgado a un trabajador que ha requerido de los servicios del mismo.

Precisamente porque hay un menoscabo en el ámbito económico del patrón es que se necesita que dichos capitales constitutivos estén debidamente fundados y motivados, señalándose claramente los fundamentos de derecho en que se basó la autoridad responsable que en este caso es el Instituto, así como los motivos que fija para la determinación del adeudo a cargo del patrón; por lo que a contrario sensu de no existir esa fundamentación y motivación se estará afectando la esfera jurídica del patrón, en consecuencia podrá acudir ante las instancias conducentes a efecto de defenderse.

En este contexto, la autoridad al realizar sus acciones debe apegarse siempre a los preceptos aplicables al caso concreto, de lo contrario su actuación es inconstitucional y está en contra de nuestro sistema jurídico mexicano.

CAPÍTULO III. EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL COMO ORGANISMO FISCAL AUTÓNOMO

3.1. ANTECEDENTES.

En el presente capítulo trataremos la injerencia del Instituto Mexicano del Seguro Social desde la óptica fiscal, en razón de que se estudiará al Instituto como organismo fiscal autónomo, sin dejar de hacer una breve mención en cuanto a otras funciones que realiza; asimismo se continuará con el análisis de la naturaleza de los capitales constitutivos, el cual se inició en el capítulo anterior, sin embargo, quisimos dejar el aspecto propiamente fiscal para este rubro, lo anterior porque al abordar al Instituto como organismo fiscal se sentarán las bases para posteriormente concluir desde ésta perspectiva qué naturaleza tienen los capitales, esto es, si se pueden ubicar en las aportaciones de seguridad social, en las contribuciones especiales, en contribuciones parafiscales, o bien dar un criterio propio y concluir después de haber analizado las figuras referidas, así como las aludidas en el capítulo anterior, a que naturaleza jurídica atienden los capitales constitutivos.

Es pertinente revisar algunos antecedentes que nos servirán para poder entender cómo es que se inició en su vida el Instituto Mexicano del Seguro Social, aunque aquí no se profundizará tanto, tomando en cuenta que en el primer capítulo del presente trabajo se abordaron los antecedentes generales de las Leyes del Seguro Social y con ello se tomó en consideración también el nacimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, por lo tanto solo haremos mención de aquello que no se reflexionó en el capítulo indicado y que es necesario estudiar en éste.

“Los seguros sociales, como organizaciones jurídicas, se originan en la segunda mitad del siglo XIX, con base en la experiencia de los seguros privados y la necesidad de atender a los grupos económicamente activos, al ocurrir contingencias que pongan en peligro la estabilidad individual en su aspecto bioeconómico, así como en los casos en que por razón de edad o tiempo de servicios, las personas protegidas deban retirarse y gozar de una pensión”.⁵⁵

“Es preciso remontarnos al siglo XIX. Como tan gráficamente lo expresara José Luis Trueba Lara:

El miedo a la vejez marcaba los días de los trabajadores del siglo XIX. Todos tenían la certeza de que la miseria se apoderaría de sus vidas en el preciso instante en que fuesen incapaces de continuar laborando: los bajos salarios y la falta de cualquier tipo de seguridad social les impedían contar con un ahorro capaz de garantizar su subsistencia. Para los obreros del 'porfiriato' sólo existía un camino: continuar en sus puestos hasta el fin de sus días. Era preferible morir junto a la máquina o en el escritorio que enfrentar la mendicidad. No había escapatoria posible.

La vida de los trabajadores conducía a un callejón sin salida y ello fue alimentando un gran descontento: la exigencia de mejores condiciones laborales se generalizó en casi todo el país. En algunos sitios se demandaba el derecho a la salud, en otros la mejoría en las condiciones de trabajo y la jubilación.

⁵⁵ BRICEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, Ob. cit., p. XVIII.

Si a ello sumamos las paupérrimas condiciones en que se encontraba el campesinado mexicano, estaban dadas las condiciones para que se diera un movimiento armado revolucionario”.⁵⁶

Es así como se plantea la necesidad desde esta época de crear leyes que trataran los asuntos de trabajo, en cuanto a obligaciones, derechos y responsabilidades de los sujetos inmersos en una relación laboral; por esta razón se ha dicho que la idea de los seguros sociales en nuestro país, surge a raíz del movimiento revolucionario que se gesta en esos días y como claramente se desarrollo en el primer capítulo de éste análisis, con lo cual nos dimos cuenta que antes de dicho movimiento no hay antecedentes referentes a la creación del Seguro Social.

Precisamente como resultado de la lucha revolucionaria y en consecuencia de las demandas de los trabajadores por obtener mejores condiciones laborales, después de varios intentos por suscribir la Ley del Seguro Social, es hasta el 10 diciembre de 1942, cuando estaba al mando del Ejecutivo el Presidente Manuel Ávila Camacho, que se presenta la Iniciativa de la Ley del Seguro Social para ser enviada al Congreso de la Unión; dando pie después de una serie de discusiones, a la aprobación del Decreto de Ley del Seguro Social, con lo que unos días más tarde, la Cámara de Senadores la aprobó en definitiva.

Tiempo después se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1943, promulgándose la Ley del Seguro Social para beneficio del pueblo de México, misma que desde su primer artículo establece que el Seguro Social constituye un servicio público nacional establecido con carácter obligatorio, además de ser reglamentaria dicha Ley, de la fracción XXIX Apartado “A” del artículo 123

⁵⁶ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Ob. cit., p. 81.

de la Constitución, como lo habíamos señalado en el primer capítulo del presente trabajo.

“Así inició su vida la historia de la seguridad social en el país. Creado y ya funcionando el Instituto Mexicano del Seguro Social, con todos sus trabajadores – médicos, enfermeras, abogados, ingenieros, técnicos, administrativos, economistas, etcétera -, hizo que éstos se convencieran hondamente de los principios, fines y normas que regían la institución a la que servían con ahínco. Se sopesaron los problemas que confrontaba un organismo descentralizado – el primero en su género dentro de nuestras instituciones burocráticas -, la incertidumbres de sus primeras convivencias con una sociedad llena de prejuicios, resquemores y prevenciones contra todo nuevo movimiento que tendiera a consolidar las bases socioeconómicas de la Revolución Mexicana. Además, como no existía un estatuto definido que protegiera a los trabajadores de la seguridad social, éstos empezaron a comunicarse entre sí sus mas íntimas inquietudes, sus preocupaciones por el trabajo todavía inestable debido a las perspectivas exteriores aún bamboleantes. Y, con intención de conseguir mejores sueldos y aquellas prestaciones que manejaban ya, con la Ley en la mano, en beneficio de los obreros de las empresas afiliadas, concertaban contactos personales hasta iniciar los primeros agrupamientos con una tendencia definida, clara y firme de sindicalismo.

Sin embargo, el nacimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, a cuyo cargo se confió la organización y administración de los seguros obligatorios de: *a) accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; b) enfermedades no profesionales y maternidad; y, c) invalidez, vejez, muerte y cesantía en edad avanzada*, no fue nada fácil.

Así como había multitud de gentes esperanzadas en el servicio, hubo muchas personas inconformes con ella, negativas empresariales a aceptar el nuevo esquema de protección, desconfianza de ciertos sectores obreros, rechazo médico a este sistema de asistencia, todo lo cual propició que se hicieran marchas de protesta y luego se afrontaran sabotajes, asaltos a las clínicas de reciente creación y recién inauguradas, boicot de la industria farmacéutica, resistencia de las clínicas patronales, de funcionarios públicos, y en fin, toda una serie de manifestaciones públicas y privadas contrarias a la naciente Ley, en las que hubo de intervenir la policía para resguardar las instalaciones.

Y es que en palabras de este hombre visionario, valiente y brillante, Ignacio García Téllez ⁵⁷:

El país no podía descansar su estabilidad en desnutridos, analfabetos, familias que viven en la promiscuidad, madres campesinas agotadas; no hay efectiva justicia social sin paz en los estómagos, en los cerebros y en la vida de los marginados... mientras haya hambre en el pueblo y mientras haya sectores marginados no podrá haber salud ni avance ... no podemos estructurar un régimen nacional estable si el mejoramiento social se funda en minorías privilegiadas y no se amplía el bienestar colectivo del pueblo, pues sin justicia social no hay verdadera democracia; la verdadera seguridad social está en que nos sintamos todos parte de una unidad y que los que más tienen aporten sus recursos para los que menos o nada tienen.

⁵⁷ Ibidem, p. 101.

Al establecerse el Instituto Mexicano del Seguro Social – como generalmente ocurre con los esquemas novedosos y los cambios bruscos de lo cotidiano -, provocó en torno suyo más escepticismo que confianza; sólo gracias al esfuerzo decidido de los tres sectores que lo conformaron se pudo constituir en nuestro país uno de los mejores instrumentos de que dispone para afianzar y extender su voluntad de progreso social.

Sobre las enormes dificultades en el arranque, nos relata el investigador José Luis Trueba Lara⁵⁸:

Los primeros años del Instituto Mexicano del Seguro Social fueron difíciles. 'Al iniciarse los servicios médicos –escribe Ricardo Pozas Horcasitas – el 1 de enero de 1944, el Instituto carecía del equipo necesario para brindar prestaciones y hubo que recurrir a la subrogación económica de los médicos establecidos... las clínicas y consultorios privados contratados por el Instituto Mexicano del Seguro Social daban atención a 103, 046 personas. Sin embargo, la contratación de los servicios médicos particulares resultó un fracaso debido principalmente a que los obreros eran discriminados en relación con la clientela particular y a que constituía una constante salida de dinero sin la mínima posibilidad de capitalización.

El futuro del Instituto estaba en riesgo: si continuaban las subrogaciones no habría ninguna posibilidad de cumplir los compromisos adquiridos con los trabajadores jubilados o a punto

⁵⁸ Idem.

de jubilarse. A mediados de 1945, el Instituto Mexicano del Seguro Social suspendió la subrogación y emprendió nuevas acciones: se crearon los puestos de fábrica que fracasaron a los pocos meses y, a finales del Avilacamachismo, se inició la construcción de las primeras clínicas. La seguridad social obedeció entonces a una nueva lógica. El Instituto se transformó en una empresa que vendía servicios médicos y asistenciales a los trabajadores, a los patrones y al gobierno. Por su parte, los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte comenzaron a administrarse por medio de un sistema de reparto que, por lo menos en apariencia, garantizaban la viabilidad del proyecto. A partir de esta transformación, el Instituto Mexicano del Seguro Social comenzó a crecer casi exponencialmente...

Se encomendó pues la gestión del sistema básico de seguridad social precisamente a un *organismo público descentralizado* – el primero en México -, porque este tipo de entes ofrecen considerables ventajas respecto del sistema centralizado, entre otras: una mayor preparación técnica especializada por parte de sus elementos directivos; una organización más apropiada al intervenir los sectores directamente interesados en su manejo; así como una mayor confianza de los individuos recipientarios de sus servicios al no tener éstos que tratar directamente con el gobierno”.⁵⁹

Se desprende de las líneas anteriores que el camino para llegar a la implantación del Seguro Social en México no ha sido nada fácil, atendiendo a las opiniones encontradas que existen dentro de la misma población y los obstáculos que

⁵⁹ Ibidem, pp. 100 a 102.

se van encontrando por querer instaurar algo nuevo que genera escepticismo para algunas personas, con lo cual se ocasionó un retraso en su actuar.

A pesar de todos los inconvenientes que se presentaron finalmente se logró implementar legal y obligatoriamente los seguros sociales, destacando la obligatoriedad en razón de que generalmente el individuo por sí solo no es previsor, se requiere de ese elemento para que mediante la imposición esté protegido contra alguna contingencia que surja y así pueda hacer frente siempre que cuente con la posibilidad de tener Seguro Social, además de que se genera también un ahorro que a la larga le servirá para poder vivir más adelante, esto es, una vez que por su situación ya no pueda seguir laborando o bien simplemente deje de hacerlo.

“Se procuró establecer las bases para un adecuado financiamiento del Instituto Mexicano del Seguro Social, que lo pusiera a salvo de cualquier contingencia; la decisión de limitar la incorporación a aquellos que se encontraban sujetos a una relación laboral, fue resultado pues de la conveniencia observada en el sentido de que la relación de trabajo permitía constituir un universo humano razonable, solvente, fijo y permanente, amén que se daban los procedimientos para el cumplimiento de las obligaciones patronales y la retención de las aportaciones de los trabajadores. De otra manera habría sido muy difícil organizar el cobro cabal y oportuno de las cuotas obreropatronales con que debía financiarse el servicio – con independencia de las aportaciones gubernamentales para el costeo del servicio público”.⁶⁰

La idea del Seguro Social en un principio tenía como prioridad a todos aquellos que guardaran una relación laboral, sin embargo no se dejaba de lado la visión de en un futuro poder llegar a todos los mexicanos, independientemente de su

⁶⁰ Ibidem, p. 103.

condición laboral para tener como resultado un progreso común en el país, claro que en la actualidad vemos que a pesar de ser una gran idea es muy difícil llegar a cumplirla totalmente por las circunstancias económicas que afectan directamente a los Seguros Sociales.

Una cuestión interesante que resultó de las lecturas realizadas para la elaboración de este tema, fue encontrar lo que se considera como elementos históricos básicos del Seguro Social, los cuales nos permitiremos citar a continuación, tomando en cuenta que se hace mención a los aspectos más indispensables que conforman dicho seguros.

“Los elementos históricos básicos del seguro social son:

1) Los asegurados deben pertenecer a clases económicamente débiles – de preferencia deben ser trabajadores, sin excluirse a otros grupos sociales -;

2) Las primas o cuotas que forman los fondos o reservas técnicas para cubrir prestaciones en dinero – pensiones, subsidios o ayudas -, y en especie – atención médico – quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria, servicios sociales, etc. -, se forman por las contribuciones de patrones, asegurados y el Estado en su caso, según el tipo o rama de aseguramiento;

3) Lo administra o presta el Estado a través de una institución pública encargada de brindar tal servicio público, es decir, de un organismo público descentralizado con autarquía, personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene su propio marco legal específico no sólo en cuanto a su creación, sino en cuanto a su función pública encomendada, y que presta este servicio público obligatorio no

lucrativo. Por cierto, ésta última característica de la “no lucratividad” en sus servicios, de alguna manera se rompe en lo que atañe al nuevo modelo de pensiones – cuyo manejo privado induce a lucrar a la Administradora de Fondos para el Retiro del Seguro Social -, en el esquema de capitalización individual que adoptara nuestro país a partir de la entrada en vigor de la nueva legislación, el 1° de julio de 1997, ya que sí se realizan ahora tareas lucrativas, tratándose la citada de una mera excepción que confirma la regla general apuntada.

4) Los asegurados o sus beneficiarios, al tener derecho a pensiones o subsidios y demás prestaciones en dinero y en especie que señala la Ley, pueden reclamar y exigir su pago o concesión; no queda pues a voluntad del organismo asegurador el cubrirlas o brindarlas, pues no se trata de una concesión gratuita, lo que de suyo le distingue diametralmente tanto de la asistencia social como de la beneficencia pública; y,

5) Por último, es evidente que los seguros sociales – al igual que los seguros privados -, operan bajo el principio del cálculo de probabilidades de que ocurra un riesgo o evento predeterminado en Ley, que aquí se llamará “contingencia social protegida”, lo que se establece a través de estadísticas y estudios matemático - actuariales; por lo que la determinación sobre el monto de cuotas a cargo de todos los sujetos obligados según el caso específico – al igual que el monto de pensiones o subsidios por cubrir -, no quedan a capricho de la institución encargada del seguro social, sino que se predeterminan para que exista el indispensable equilibrio financiero y no se descapitalice el organismo prestador del seguro social y se ponga en riesgo su existencia o funcionamiento”.⁶¹

⁶¹ Ibidem, pp. 31 y 32.

Respecto al Instituto Mexicano del Seguro Social como organismo fiscal autónomo, tenemos que dicho término “se empleó por primera ocasión en el decreto que reformó el artículo 135 de la Ley del Seguro Social que expidió el Presidente Manuel Ávila Camacho, en uso de las facultades extraordinarias de que gozaba, de fecha 4 de noviembre de 1944, no obstante la antigüedad que tiene el mismo, la doctrina y la jurisprudencia lo han abandonado, puesto que ha sido poco explorado en sus condiciones de esencia y especialmente en los atributos de que se encuentra revestido”.⁶²

Como resultado de la reforma al artículo en mención se otorgan desde entonces “facultades expresas para: a) determinar los créditos a su favor y precisar las bases para su liquidación; b) fijarlos en cantidad líquida; c) cobrarlos con arreglo a su Ley y disposiciones reglamentarias; y, d) percibirlos con sujeción a las normas del Código Fiscal de la Federación, pudiendo agotarse el procedimiento económico – coactivo relativo por conducto de las Oficinas Federales de Hacienda para Cobros del Seguro Social”.⁶³

Podemos destacar que en la Ley del Seguro Social de 1943 no encontramos ningún antecedente del término “organismo fiscal autónomo”, como explicamos en capítulos anteriores, la Ley establecía al referirse a las cuotas obrero – patronales, que los títulos donde constaran las obligaciones de pagos a su favor, tendrían el carácter de ejecutivos. La finalidad era hacer más rápido el procedimiento y por ende el cumplimiento de aquellos sujetos obligados al pago de las mencionadas cuotas; sin embargo, no hubo que esperar tanto para darse cuenta que los resultados no eran los esperados, porque el Instituto Mexicano del Seguro Social tenía que acudir a los

⁶² MORENO PADILLA, Javier. *Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR*, Ob. cit., p. 71.

⁶³ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. *Nuevo Derecho de la Seguridad Social*, Ob. cit., p.270.

tribunales para exigir sus derechos y esto por supuesto llevaba un tiempo que para el organismo se traducía en pérdidas económicas, que por lógica afectaba su desarrollo y estabilidad económica, en razón de que depende precisamente de las aportaciones que capta de los sujetos obligados.

“Conviene puntualizar desde ahora que el concepto de “organismo fiscal autónomo” de suyo no nos dice nada, al ser ausente el término de una significación legal propia, a grado tal que los diccionarios jurídicos – sean fiscales o no -, omiten de plano definir qué debemos entender por tal concepto, en razón de lo cual habremos de atender al dispositivo legal para entender sus alcances”.⁶⁴

3.2. ACTUACIÓN DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL COMO ORGANISMO FISCAL AUTÓNOMO

Para hablar de la actuación del Instituto Mexicano del Seguro Social como organismo fiscal autónomo, es necesario conceptualizar al Seguro Social, para tener un punto de partida y poder señalar como se ha presentado la actuación de este organismo en el ámbito fiscal; para ello citaremos algunas definiciones.

“Una simple noción de *seguro* nos brinda la idea de protección”.⁶⁵

Rafael Tena Suck y Hugo Italo Morales, presentan una definición teleológica:

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ BRICEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, Ob. cit., p. 9.

*“El seguro social se ha definido como el instrumento básico de la seguridad social, de orden público, por medio del cual quedan obligados, mediante una cuota o prima que cubren los patrones, los trabajadores y el Estado, a entregar al asegurado o beneficiarios, una pensión o subsidio, cuando se realizan algunos de los siniestros o riesgos que protege o ampara”.*⁶⁶

Otro concepto que podemos señalar es el de Mario de la Cueva:

*“El Seguro Social es la parte de la previsión social obligatoria que, bajo la administración o vigilancia del Estado, tiende a prevenir o compensar a los trabajadores por la pérdida o disminución de su capacidad de ganancia, como resultado de la realización de los riesgos materiales y sociales a que están expuestos”.*⁶⁷

Por último, el concepto legal se establece en el artículo 4º de la Ley del Seguro Social que a la letra dice:

El Seguro Social es el instrumento básico de la seguridad social, establecido como un servicio público de carácter nacional en los términos de esta Ley, sin perjuicio de los sistemas instituidos por otros ordenamientos.

De las definiciones antes mencionadas y tomando en consideración lo señalado a lo largo del presente trabajo, es de destacarse que el Seguro Social

⁶⁶ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social. Ob. cit., p. 33.

⁶⁷ BRICEÑO RUIZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales. Ob. cit., p. 18.

Incluso no es tan absurda la idea de que los gobiernos al pretender que el servicio de seguridad social sea más factible económicamente hablando, opte por la creación de un impuesto para poder financiar dicho servicio nacional.

En párrafos anteriores se había comentado el hecho de que se considera a las aportaciones, cuotas o pagos que se destinan a costear el servicio público de la seguridad social, como un tributo; esto para facilitar un procedimiento económico – coactivo a fin de poder realizar los cobros en el caso de que se presente un incumplimiento por parte de los obligados.

Después de señalar algunos conceptos del Seguro Social, así como comentarios personales, entraremos en materia en cuanto a la actuación del Instituto Mexicano del Seguro Social como organismo fiscal autónomo.

Merece especial atención el hecho de que el Seguro Social es una herramienta de paz social, siempre y cuando haya eficacia y un adecuado manejo en su actuación, sobre todo en la actualidad que vivimos dado que es muy difícil estar alejado de los problemas y en estas instituciones que brindan apoyo a la sociedad trabajadora con mayor razón, ya que es de todos sabido la falta de un buen financiamiento, así como la poca atención humanitaria que existe por parte del personal para con las personas que acuden a solicitar algún tipo de servicio; además de tanta burocracia y corrupción que se presenta a todos los niveles y de lo cual no escapa este tipo de organismos.

contempla la protección de individuos que forman parte de ciertos grupos que se denominan económicamente activos, cuando se actualicen las hipótesis que la legislación contempla y que tengan como consecuencia la disminución o extinción de su capacidad para poder realizar su trabajo.

Entrando en materia, el organismo fiscal autónomo con ésta denominación surge como habíamos aludido a partir de la reforma que se realiza al artículo 135 de la Ley del Seguro Social de 1943, en virtud de que en esta Ley original no se consideraba como tal al Instituto y es hasta 1944 que se da ese cambio para quedar como sigue:

*Artículo 135 .- La obligación de pagar los aportes, los intereses moratorios y los capitales constitutivos, tendrá el carácter de fiscal. Corresponderá al Instituto Mexicano del Seguro Social, en su carácter de **organismo fiscal autónomo** la determinación de los créditos y de las bases para su liquidación; fijar la cantidad líquida y su percepción y cobro de conformidad con la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias. El procedimiento administrativo de ejecución de las liquidaciones que no hubieren sido cubiertas directamente al Instituto, se realizará por conducto de las Oficinas Federales de Hacienda que correspondan, con sujeción a las normas del Código Fiscal de la Federación que regulan las fases oficiosa y contenciosa del procedimiento tributario. Dichas oficinas procederán inmediatamente a la notificación y cobro de los créditos por la vía económico – coactiva, ajustándose en todo caso a las bases señaladas por el Instituto. Obtenido el pago, los jefes de las Oficinas Ejecutoras, bajo su responsabilidad, entregarán al Instituto las sumas recaudadas.*

Con la reforma al artículo citado se da un cambio radical en la concepción del Instituto, dado que ahora tiene la calidad de autoridad fiscal y como tal está legitimado para actuar contra los particulares en un procedimiento más expedito que

en la vía civil, esto claro sin que se afecten las garantías individuales de que goza cada individuo.

Una cuestión importante es considerar las “dos características distintas de la institución, a saber: *a)* la de organismo público descentralizado, encargado de la prestación de un servicio público como Instituto asegurador, que es la faceta que aprecian los asegurados, los derechohabientes, los pensionados y los beneficiarios, recipientarios todos de dicho servicio público; y, *b)* la de organismo fiscal autónomo, que sí tiene una serie de atribuciones y facultades fiscales porque así lo decidió el legislador, y que es la faceta que resienten los patrones y demás sujetos obligados al pago de las contribuciones de seguridad social”.⁶⁸

Por lo que respecta a los organismos fiscales autónomos sus características generales se pueden señalar de la siguiente forma:

- a) Son organismos distintos a las dependencias fiscales que tienen la calidad de receptores de créditos fiscales.*

- b) Actúan de acuerdo con la Ley a la realización de los fines legales, esto es, al cumplimiento de la norma.*

- c) Por disposición legal son administradores de tributos.*

- d) Al mismo tiempo necesitan satisfacer las necesidades públicas de carácter específico, por medio de los recursos que los particulares les provean.*

⁶⁸ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., p. 300.

e) *Por las razones apuntadas, se convierten en órganos de autoridad y sólo pueden realizar actuaciones dentro del marco legal*”.⁶⁹

Es pertinente acotar la diferencia que existe entre la competencia tributaria de la que goza el Instituto para fiscalizar a los sujetos obligados y lo que se conoce como potestad tributaria en la cual no puede tener injerencia este organismo, veamos a continuación por qué la importancia de señalar claramente la diferencia entre uno y otro concepto.

Hugo Iriarte Carrasco, en su Diccionario de Derecho Fiscal, define a la *potestad tributaria* de la siguiente manera:

Potestad Tributaria, desde un punto de vista fiscal, consiste en la capacidad que tiene el Estado de imponer unilateralmente a los particulares tributos encaminados a cubrir el gasto público”.⁷⁰

“Como podemos advertir de lo antes transcrito, la *potestad tributaria* (o facultad potestativa) consiste en la facultad del Estado por virtud de la cual puede imponer a los particulares la obligación de aportar una parte de su riqueza, para que aquél cuente con los recursos económicos que le permitan ejercer las atribuciones que le están encomendadas, *potestad tributaria* que en México tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 31, fracción IV, de la Constitución, precepto que obliga a los mexicanos a contribuir para los gastos públicos de manera general, proporcional y equitativa”.⁷¹

⁶⁹ MORENO PADILLA, Javier. Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR, Ob. cit., p. 72.

⁷⁰ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., p. 273.

⁷¹ *Ibidem*, p. 274.

“Por lo tanto, la *competencia tributaria* es por completo distinta:

*En un sentido jurídico general se alude a una idoneidad atribuida a un órgano de autoridad para conocer o llevar a cabo determinadas funciones o actos jurídicos”.*⁷²

“La *competencia tributaria* consiste entonces en la *facultad de recaudar el tributo*, cuando se produce en la realidad el hecho generador de la obligación tributaria, previa e hipotéticamente establecida en la Ley fiscal, aplicándose siempre el principio jurídico que reza: “no hay tributo sin Ley”.

Ahora bien, el caso más frecuente *es que la titularidad de la competencia tributaria corresponda a la administración centralizada*, verbigracia cuando el Estado mexicano, por conducto del Poder Legislativo actuando como titular soberano del poder tributario nacional, grava las rentas de las personas físicas y morales emitiendo una Ley en tal sentido; y a la vez, resulta ser un ente de dicha administración central, el titular de la competencia tributaria para cobrar dichas contribuciones. Tal es el caso de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que, como ya sabemos, forma parte integrante de la administración centralizada del Estado.

Pero si bien ésa es la regla general, existen también excepciones que la confirman, tal y como ocurre cuando el acreedor de la obligación tributaria – esto es, el que puede cobrar el tributo -, resulta ser un ente distinto a la administración central, como sucede concretamente en el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social o del

⁷² Ibidem, p. 275.

Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, e incluso por los mismos municipios del país.

Sobre este particular, debemos afirmar que al disfrutar de competencia tributaria, el Instituto Mexicano del Seguro Social forma parte entonces del *fisco federal*, al hacer uso de las facultades que su Ley – marco le concede”.⁷³

“Por lo tanto, si nos remitimos a lo que al efecto dispone el artículo 251, en sus fracciones de la X a la XIX, XXI y XXIII, todas de la vigente Ley del Seguro Social, apreciaremos sin dificultad la amplia gama de atribuciones y facultades expresas de que disfruta el Instituto Mexicano del Seguro Social por decisión expresa del legislador federal, para ejercer su *competencia tributaria como organismo fiscal autónomo*, siendo tan amplio su accionar cotidiano que, partiendo de cero, va abriendo un abanico tal de acciones secuenciales una de la otra hasta que logra completar un círculo al llegar a los 360° grados; todo ello no hace sino confirmar su carácter de autoridad fiscal”.⁷⁴

Con el fin de complementar lo antes señalado, se citará el artículo 251 en sus fracciones de la X a la XIX, XXI y XXIII de la Ley del Seguro Social para ejemplificar la competencia tributaria de éste organismo fiscal autónomo, considerando que son sólo algunas de las facultades que tiene el Instituto, porque sabemos que con las reformas a éste artículo se adicionaron algunas otras, sin embargo solo se hará referencia a las mencionadas antes para ilustrar esta parte de la investigación.

⁷³ Ibidem, pp. 277 y 278.

⁷⁴ Ibidem, p. 279.

Artículo 251. "El Instituto Mexicano del Seguro Social tiene las facultades y atribuciones siguientes:

- X. Registrar a los patrones y demás sujetos obligados, inscribir a los trabajadores asalariados y precisar su base de cotización aun sin previa gestión de los interesados y a los trabajadores independientes a su solicitud, sin que ello libere a los obligados de las responsabilidades y sanciones por infracciones en que hubiesen incurrido;*
- XI. Dar de baja del régimen obligatorio a los patrones, sujetos obligados y asegurados, verificada por el Instituto la desaparición o inexistencia del supuesto de hecho que dio origen a su aseguramiento, aun cuando el patrón o sujetos obligados hubiesen omitido presentar el aviso de baja respectivo, sin perjuicio de las sanciones previstas en esta Ley;*
- XII. Recaudar y cobrar las cuotas de los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, guarderías y prestaciones sociales, salud para la familia y adicionales, los capitales constitutivos, así como sus accesorios legales, percibir los demás recursos del Instituto, y llevar a cabo programas de regularización de pago de cuotas. De igual forma, recaudar y cobrar las cuotas y sus accesorios legales del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez;*
- XIII. Establecer los procedimientos para la inscripción, cobro de cuotas y otorgamiento de prestaciones.*

XIV. *Determinar los créditos a favor del Instituto y las bases para la liquidación de cuotas y recargos, así como sus accesorios y fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos, de conformidad con la presente Ley y demás disposiciones aplicables.*

Las liquidaciones de las cuotas del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez podrán ser emitidas y notificadas conjuntamente con las liquidaciones de las aportaciones y descuentos correspondientes al Fondo Nacional de la Vivienda por el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los trabajadores, previo convenio de coordinación con el citado Instituto;

XV. *Determinar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones incumplidas por los patrones y demás sujetos obligados en los términos de esta Ley, aplicando en su caso, los datos con los que cuente o con apoyo en los hechos que conozca con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación de que goza como autoridad fiscal o bien, a través de los expedientes o documentos proporcionados por otras autoridades fiscales.*

XVI. *Ratificar o rectificar la clase y la prima de riesgo de las empresas para efectos de la cobertura de las cuotas del seguro de riesgos de trabajo.*

XVII. *Determinar y hacer efectivo el monto de los capitales constitutivos en los términos de esta Ley;*

- XVIII. Ordenar y practicar visitas domiciliarias con el personal que al efecto se designe y requerir la exhibición de libros y documentos, a fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones que establece la Ley y demás disposiciones aplicables;*
- XIX. Ordenar y practicar las investigaciones correspondientes en los casos de sustitución patronal y de responsabilidad solidaria previstos en esta Ley y en el Código, y emitir los dictámenes respectivos;*
- XXI. Revisar los dictámenes formulados por contadores públicos sobre el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta Ley y sus reglamentos, así como imponer a dichos contadores públicos, en su caso, las sanciones administrativas establecidas en el reglamento respectivo;*
- XXIII. Celebrar convenios de coordinación con la Federación, entidades federativas, municipios y sus respectivas administraciones públicas, así como de colaboración con el sector social y privado, para el intercambio de información relacionada con el cumplimiento de sus objetivos, en los términos previstos en esta Ley”.*

“El hecho de que un organismo tenga la titularidad de la citada *competencia tributaria* presupone también la capacidad de llevar a cabo diversas acciones legales que lo confirman como ente *fiscal autónomo*, entre otras las siguientes:

- a) *Fiscalizar y comprobar el cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones legales;*

- b) *establecer la existencia del hecho generador de la obligación tributaria;*
- c) *determinar el sujeto obligado al pago del crédito fiscal;*
- d) *precisar las bases para la liquidación del crédito tributario y en su caso fijarlo en cantidad líquida;*
- e) *cobrar y percibir el crédito fiscal; y,*
- f) *ordenar el inicio del procedimiento administrativo de ejecución en contra del patrón o sujeto obligado, para el cobro de los créditos a su favor no cubiertos oportunamente, con la facultad e imperio legales de aplicar directamente el referido procedimiento económico llevándolo hasta total conclusión.*

Tales entes jurídicos resuelven en su función de autoridades fiscales autónomas y sin necesidad de acudir a otras instancia, sobre la existencia de la obligación del entero de aportaciones de seguridad social, al determinar si acaeció en el mundo fenoménico el “hecho generador” previsto de manera hipotética, general y abstracta en la Ley, como por ejemplo: *cuando determina la existencia del vínculo laboral que, de darse, genera inmediatamente la obligación ineludible de afiliación al Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, y en consecuencia, la correlativa al pago de la aportación de seguridad social respectiva”.*⁷⁵

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 308 y 309.

Particular importancia reviste para nuestro tema a tratar que el Instituto Mexicano del Seguro Social está facultado para determinar el incumplimiento de las obligaciones que se puedan presentar por parte de los patrones, para posteriormente establecerlas en cantidad líquida, esto lo realiza a través de las llamadas visitas domiciliarias que se desarrollaran siempre con apego a lo que señala nuestra Constitución en su artículo 16 y demás preceptos relativos al Código Fiscal de la Federación, para determinar la forma en que se cubrirán la cuotas, considerando que si no se cumple con lo señalado por la autoridad se aplicará el procedimiento administrativo de ejecución, lo anterior en el entendido de que el Instituto siempre tiene que contar con el capital necesario para cubrir los servicios y prestaciones que por Ley debe otorgar.

3.3. NATURALEZA DE LOS CAPITALES CONSTITUTIVOS EN EL ÁMBITO FISCAL.

Hablar de la naturaleza de los capitales constitutivos es de por sí un tema controversial y si lo enfocamos al ámbito fiscal se torna aun más, como ya habíamos referido en el capítulo segundo es un tema que poco han abordado los estudiosos del Derecho especializados en la materia fiscal o bien en la de seguridad social, es por ello que existen múltiples opiniones y de alguna manera cada una de ellas puede tener un poco de razón.

Se explicaba que el carácter fiscal se enfoca hacia la obligación de pagar los aportes, los intereses y los capitales constitutivos y no así que los créditos en sí fueran de índole fiscal, sin embargo, el Código Fiscal de la Federación que se reformó en

1983 fue el que ya consideró a las cuotas obrero patronales como contribuciones y por ende también a sus consecuencias legales inherentes.

Precisamente por la variedad de opiniones que existen es que en este capítulo abordaremos la naturaleza fiscal de los capitales constitutivos, tratando de llegar a una conclusión en la que podamos encuadrar de la manera más viable a dichos capitales para poder entenderlos de una manera correcta, dado que el establecer la naturaleza jurídica de una figura es muy importante para poder explicarla y asimilarla en la mejor forma posible, sobre todo cuando la doctrina que existe sobre la misma no es tan basta para poder tomarla de sustento y así fundamentar una opinión, es así como, con los elementos que tenemos al alcance trataremos de arribar a la mejor conclusión que se pueda dar.

3.3.1. COMO APORTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL.

La naturaleza de los capitales constitutivos en relación con las aportaciones de seguridad social es totalmente distinta, en el sentido claro de que las aportaciones de acuerdo al artículo 2º fracción II del Código Fiscal de la Federación son:

Las contribuciones establecidas en Ley a cargo de personas que son sustituidas por el Estado en cumplimiento de obligaciones fijadas por la Ley en materia de seguridad social o a las personas que se benefician en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo Estado. ...

“1) Algunos juristas opinan que las mismas no pueden considerarse como de índole fiscal propiamente dicho – pese al texto tanto de la Ley del Seguro Social, como del Código Fiscal de la Federación, que las contemplan como una más de las diversas especies de los tributos en México -, porque estas contribuciones no tienen su fundamento, como todos los demás tributos, en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Federal, que obliga a los mexicanos a contribuir para los gastos

que son las siguientes:

En cuanto a la naturaleza jurídica de las aportaciones de seguridad social tenemos que decir que no es clara, lo mismo pasa con los capitales constitutivos, son figuras en las que los mismos estudiosos del derecho no se han inclinado hacia una sola postura, incluso existen para el caso de las aportaciones dos grandes tendencias

Partiendo de esa idea destacamos que las aportaciones no son producto de un incumplimiento, sino por el contrario, al enterar dichas cuotas el sujeto obligado se esta acatando a lo establecido en la Ley, mientras que la hipótesis del fincamiento de capitales constitutivos se actualiza precisamente cuando el obligado no entera las aportaciones en tiempo y forma, lo que nos lleva a un menoscabo en la esfera del trabajador, es aquí cuando el sujeto obligado se hace acreedor a ese capital porque al demostrar que es merecedor de los derechos que otorga la Ley por estar laborando, el Instituto tiene que brindarle esos servicios que solicita y por ende a su vez el Instituto tiene que cobrarse al patrón y es cuando se genera el capital constitutivo.

al real.

Mientras que los capitales constitutivos como señalamos ya en el capítulo segundo, se refieren a la responsabilidad patronal de pago cuando el sujeto obligado incumple la obligación de inscribir a sus trabajadores o lo hace con un salario inferior

públicos, sino que por el contrario, *su génesis se encuentra en los derechos sociales consagrados en el propio artículo 123 de nuestra Carta Fundamental*, criterio que se refuerza con el hecho de que no fue concomitante al nacimiento del Instituto Mexicano del Seguro Social la característica fiscal de sus aportes, por lo que luego entonces, en este orden de ideas, no serían sus cuotas créditos propiamente fiscales, sino acaso sólo equiparados a éstos para facilitar su captación.

2) Otros doctrinistas, por su parte, sostienen que son contribuciones naturales y que por lo tanto resultaba innecesario que se considerasen por el legislador federal como “de seguridad social”. Así, algunos pretenden ver en las cuotas obreropatrones los caracteres que identifican a los *impuestos*, de tal suerte que no les sorprende que para la primera década del siglo XXI se pueda pensar en México en crear un “impuesto general o especial de seguridad social”; los hay quienes pretenden encuadrar a las cuotas obreropatrones como la especie del tributo denominado *derechos*, cuyas características para ellos son perfectamente definibles; existen quienes les atribuyen la característica de *contribuciones especiales*, sobre todo aquellos tributaristas influenciados por tratadistas europeos o sudamericanos; y, por último, hay autores que las han definido como *paracontribuciones o contribuciones parafiscales*, que a nuestro parecer pudiese resultar más sostenible como teoría en el derecho tributario”.⁷⁶

El análisis de la naturaleza jurídica de las aportaciones de seguridad social como vemos es complicado, solo quisimos hacer mención de dos de las posturas más conocidas para efectos del tema a tratar, sin embargo, no es la esencia del presente rubro, por lo que no iremos más allá, en virtud de que bien podría ser estudio para un

⁷⁶ Ibidem, p. 272.

trabajo completo; aquí lo único que nos interesa aclarar es que los capitales constitutivos tienen una naturaleza diferente de las aportaciones del seguro social.

De lo antes expuesto, queda claro que las aportaciones de seguridad social no se generan por una violación a la Ley, caso contrario de los capitales constitutivos que exigen el resarcimiento de las prestaciones que fueron brindadas por el Instituto a una persona que teniendo derecho a estar inscrito no lo está, esto es, el capital constitutivo surge precisamente del incumplimiento a la obligación que señala la Ley de cubrir las aportaciones de seguridad social, por lo tanto es una consecuencia que se presenta por una omisión y no puede tener la misma naturaleza un figura que la otra, atendiendo a que las aportaciones no son producto de la inobservancia de la Ley por lo que son dos figuras completamente distintas.

3.3.2. COMO CONTRIBUCIONES ESPECIALES.

Otra figura en la que se vislumbra a las aportaciones de seguridad social es la contribución especial, por ende se puede creer que también sus consecuencias podrían tener esta naturaleza, para estudiar este inciso señalaremos algunas definiciones de lo que se entiende por contribución especial y las posturas hacia donde se dirige la misma, en lo conducente la mayoría de los autores señalan que necesariamente debe haber un servicio, actividad o bien una obra que realiza el Estado y por la cual se benefician ciertas personas o grupos sociales.

Una primera definición es la que señala que “la contribución especial es la prestación en dinero establecida por el Estado conforme a la Ley, con carácter

obligatorio, a cargo de persona físicas y morales por el beneficio especial que supone para ellas la realización de una actividad estatal de interés general o porque ellas han provocado dicha actividad, que debe destinarse a sufragar los gastos de esa misma actividad”.⁷⁷

Un segundo concepto explica que “las contribuciones especiales son los tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado. Como dice Giuliani Fonrouge, éste tipo de tributo se caracteriza por la existencia de un beneficio que puede derivar no sólo de la realización de una obra pública, sino también de actividades o servicios estatales especiales, destinados a beneficiar a una persona determinada o a grupos sociales determinados”.⁷⁸

Es menester indicar que podemos diferenciar a la contribución especial de los impuestos en forma muy precisa, esto porque la figura en comento requerirá una actividad que genere un beneficio, en tanto que en los impuestos la prestación no es correlativa a las actividades estatales.

“Entre las principales características de la contribución especial, destacan las siguientes:

- a) Es una figura jurídica tributaria, por cuanto que el Estado la impone con el carácter de obligatoria a los particulares.

⁷⁷ RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl. Derecho Fiscal, Harla, segunda edición, México, 1986, p. 84.

⁷⁸ VILLEGAS, Héctor. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Depalma, quinta edición, Buenos Aires, 1993, p. 104.

b) Algo muy importante, y que no debemos olvidar para poder explicar la contribución especial, es que no es el pago por un servicio público prestado por el Estado u otras entidades públicas, sino el equivalente por el beneficio obtenido con motivo de la ejecución de una obra o de un servicio público de interés general, es decir, que la contribución especial se paga no por el servicio que el Estado ha prestado, sino por el beneficio específico que determinadas personas reciben con motivo de la prestación de este servicio. Por ello, hay que tomar en cuenta que esta figura jurídica se utiliza para la satisfacción de los gastos que se originan por los servicios de carácter general divisibles; en obras o servicios que benefician a toda la colectividad, pero que en forma específica favorecen a determinados individuos.

c) Esta contribución solamente es pagada por el particular que obtiene un beneficio directo o inmediato, ya que es posible la distribución del costo de la obra porque se conoce quienes son los más beneficiados con ella;

d) Se trata del pago de una cantidad de dinero que está en relación con el monto del beneficio obtenido;

e) La contribución especial es impuesta por el Estado o los organismos públicos autorizados, y

f) Por último, en tratándose de servicios, sólo se cubre en aquellos que se imponen por disposición de una Ley”.⁷⁹

⁷⁹ MARGAIN MANAUTOU, Emilio. Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano, Porrúa, décimo quinta edición, México, 2000, pp. 101 y 102.

Cuestión importante es hablar de uno de los ejemplos más claros que existen dentro de la legislación en cuanto a las contribuciones especiales, el cual “lo encontramos en lo que se ha denominado, a partir de 1982, contribuciones de seguridad social, como lo son las aportaciones del Instituto Mexicano del Seguro Social y al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. Cabe aclarar, como ya se explicó antes, que a estas aportaciones se les da el carácter de fiscal no obstante que se destinan a satisfacer el presupuesto de un organismo descentralizado, que no es discutido ni aprobado por la Cámara de Diputados, con la finalidad de aprovechar el procedimiento económico – coactivo, para que en esa forma los institutos no se vean impedidos de realizar en forma oportuna y rápida las obligaciones a su cargo. Sería imposible para los citados institutos prestar en forma efectiva sus servicios, si para requerir a un deudor tuviesen que acudir a los Tribunales Judiciales Federales.

Se había puesto en duda el si estas prestaciones constituían auténticas contribuciones especiales no obstante que una y otra tienden a beneficiar a patronos y trabajadores, garantizando el derecho a la salud y el derecho a la habitación. Sin embargo, esas cuotas son verdaderas contribuciones especiales, pues el trabajador y el patrono al cubrirlas, aun cuando no reciben a cambio servicios inmediatos, tienen el derecho a exigirlos y aprovecharlos cuando les sean necesarios, como, por ejemplo, en el caso de enfermedad de algún trabajador.

A cambio de las cuotas que el asalariado entrega no recibe inmediatamente los servicios, y hay que pensar que existen algunos que tienen años de estar pagando las cuotas al Seguro Social y que nunca se han aprovechado o beneficiado de algunos de

los servicios; pero tienen la expectativa de que en cualquier momento los pueden solicitar y obtener su prestación del Instituto Mexicano del Seguro Social”.⁸⁰

Para nuestro tema en concreto no es necesario entrar a la discusión de si son o no las aportaciones de seguridad social contribuciones especiales, lo cual manteniéndonos al margen, podemos comentar que de las figuras analizadas en este trabajo pues sí podría ser la más adecuada para incluir a dichas aportaciones por las razones ya señaladas en el ejemplo citado.

De lo anterior se desprende que la naturaleza jurídica de los capitales constitutivos, atiende más a una sanción, en el sentido de que aún desprendiéndose de las aportaciones como una consecuencia, no pueden asumir su misma naturaleza que en este caso sería de contribuciones especiales, dado que como lo hemos explicado a lo largo de este análisis, son producto de un incumplimiento a la norma, por lo tanto si bien son resultado de una prestación otorgada por el Instituto que la Ley ha señalado como obligatoria, es precisamente por la violación a la misma que se genera este capital.

En este contexto, al estar ante la inobservancia de la Ley, el sujeto obligado se está haciendo acreedor a una sanción que para efectos de nuestro estudio hemos señalado como sanción indemnizatoria, siempre y cuando se genere un verdadero quebrantamiento a la norma, es decir, no estando dentro de la hipótesis de los cinco días que la Ley otorga para que se cumpla con la obligación en esta materia, porque sostenemos que al estar dentro de este término y aun cuando el trabajador sufriera un menoscabo en su persona, no existe violación a la norma por parte del obligado, independientemente de que exista el artículo 77 de la Ley del Seguro Social que

⁸⁰ Ibidem, p. 107.

señala que ese plazo se respeta siempre y cuando el trabajador no sufra algún riesgo, porque aquí estamos ante una inseguridad jurídica total por parte del sujeto obligado; sin embargo, este tema se abordará plenamente en el siguiente capítulo y solo se comenta para efectos de sostener que los capitales constitutivos encuadran más en la denominada sanción, que se define como la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.

3.3.3. COMO CONTRIBUCIONES PARAFISCALES.

Para terminar el presente capítulo nos referiremos a las contribuciones parafiscales, mismas que se han creado para incluir un sinnúmero de contribuciones que aun cuando revisten naturaleza tributaria no pueden agruparse en ningún otro rubro y por lo tanto se consideran como parafiscales, entonces es una especie de salida para otorgar una connotación a todas aquellas figuras que no se les supone dentro de otra forma jurídica.

Partiremos como lo hemos venido haciendo de los conceptos que nos brinda la doctrina para poder arribar a una conclusión y considerar o no que los capitales constitutivos puedan llegar a tener la naturaleza de parafiscales.

“La teoría de la parafiscalidad sostiene la existencia de una categoría de crédito a favor de órganos u organismos del Estado, pero con la particularidad de que, sin tener la naturaleza propia de los créditos fiscales, se realiza su cobro mediante el procedimiento administrativo de ejecución que se utiliza para éstos, los que tienen su justificación en el destino de la nueva categoría de créditos, que tienen por fin la

prestación de servicios que originalmente corresponden al Estado pero que por alguna razón se han encomendado a organismos descentralizados”.⁸¹

Existen autores que no consideran que el término correcto sea contribuciones parafiscales y las denominan *exacciones parafiscales*.

“Este tipo de exacciones ha adquirido modernamente gran importancia, y bajo la denominación de “parafiscales” han aparecido contribuciones destinadas a la previsión social, a fondos forestales, centros de cinematografía, etc., o sea, a entidades de tipo social o de regulación económica. Se dan generalmente las siguientes características en cuanto a estas exacciones: *a)* no se incluye su producto en los presupuestos estatales; *b)* no son recaudadas por los organismos específicamente fiscales del Estado; *c)* no ingresan en las tesorerías estatales, sino directamente en los entes recaudadores y administradores de los fondos.

No existe uniformidad en relación a la naturaleza jurídica de estas contribuciones. Morselli sostiene que las exacciones parafiscales no son tributos. Dice este autor que el tributo tiene un carácter esencialmente político, mientras que estas contribuciones responden a exigencias económico – sociales. Giuliani Fonrouge sostiene que son tributos, y las hace figurar como “contribuciones especiales”, oponiéndose al término “parafiscal”. Lucien Mehl dice que el provecho del impuesto se distribuye sobre la colectividad en su conjunto. En cambio, en materia parafiscal el provecho es para un grupo delimitado profesional o social.

La forma más relevante de la parafiscalidad es la llamada *parafiscalidad social*, la cual está constituida por los aportes de seguridad y previsión social que

⁸¹ RODRÍGUEZ TOVAR, José de Jesús. *Derecho Mexicano de la Seguridad Social*, Ob. cit., p. 134.

pagan patrones y obreros. Estos aportes se traducen en beneficios que reciben esas personas y que consisten en jubilaciones, subsidios por enfermedad, accidentes, maternidad, muerte, etc. La importancia financiera de estos ingresos es enorme en los Estados modernos, y ello deriva de la ampliación de las funciones de los gobiernos, lo cual los lleva a incursionar en el campo social. Como las posibilidades funcionales del Estado quedan desbordadas ante tal cúmulo de funciones, se ve frecuentemente obligado a delegar algunas de estas funciones creando los organismos parafiscales”.⁸²

Por lo que hemos visto, la parafiscalidad es una parte de la hacienda pública no tradicional, es decir, atendiendo a la doctrina de Morselli, señala que hay que “distinguir entre la hacienda pública tradicional nutrida con los recursos ordinarios, es decir los tributos y vinculada a la satisfacción de los cometidos históricos del Estado que son los de raigambre fundamentalmente política, de la otra hacienda denominada institucional vinculada a la satisfacción de necesidades eminentemente sociales y económicas asumidas por el Estado en su faceta de Estado intervencionista. Ésta es la hacienda de los entes públicos que tienden a multiplicarse con el propósito de atender necesidades específicas”.⁸³

Atendiendo a lo expuesto por los autores, la parafiscalidad es una figura que comprende los aportes que realizan sujetos obligados en áreas que se refieren a organismos que necesitan recursos para poder desarrollar y costear sus actividades propias y que no son totalmente dependientes del Estado y que por ello se

⁸² VILLEGAS, Héctor. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Ob. cit., pp. 114 y 115.

⁸³ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Antonio. Lecciones de Derecho Tributario, Thomson, México, 2002, p. 106.

encomiendan funciones a otro tipo de entes y es aquí cuando surge este concepto de parafiscalidad.

“Los vínculos históricos entre aportes a la seguridad social y parafiscalidad radican en la calificación y explicación de los primeros como especie de esta última, postura que día a día es superada al reconocer en tales aportes a la seguridad social una particularísima especie de tributo, con la consecuente remisión en bloque a aquellos de toda la doctrina y exigencias legales propios de este último.

La doctrina mexicana después de un largo proceso evolutivo ha arribado a un punto que constituye un lugar pacífico en el derecho tributario nacional al reconocer el carácter tributario a las aportaciones de seguridad social, doctrina que ha permeado la legislación, tal y como se desprende del artículo 2, fracción II del Código Fiscal de la Federación.

La posición del legislador mexicano ha significado un gran avance al ubicar las prestaciones patrimoniales que deben soportar los patrones y los beneficiarios directos de la seguridad social en el ámbito de los tributos”.⁸⁴

Otra postura es la de “Valdés Costa que a su juicio la expresión parafiscalidad, restringida a los organismo no estatales, es gramaticalmente correcta ya que con ella se está denominando una actividad financiera lateral a la del Estado, lo que evidentemente responde a la realizada. Considera que estamos frente a una actividad financiera que no es del Estado, pero tampoco es privada, ya que cumple fines generales, previstos frecuentemente en las constituciones y está organizada libre y unilateralmente por el Estado. El término parafiscal, en su opinión, traduce

⁸⁴ *Ibidem*, p. 107 y 108.

adecuadamente esta situación de lateralidad o paralelismo y por ello, no considera que haya inconveniente en denominarlas contribuciones parafiscales o, mejor aún, paratributarias".⁸⁵

Para concluir este capítulo, en cuanto al aspecto parafiscal se observa que existe una gran complejidad para establecer su naturaleza jurídica, lo que es más, todavía existen posiciones que señalan que dicha figura ni si quiera debería tener esa denominación. Aunque la parafiscalidad sería también una elección a considerar para dotar con tal naturaleza a algunas figuras del derecho, donde bien podría estar incluida la que es materia de éste trabajo, no es aún muy buena opción puesto que ni si quiera encontramos bastos estudios sobre la misma que puedan respaldar un trabajo de esta índole, sin embargo por el momento podemos decir que dicho término es aceptado por comodidad del lenguaje o bien con fines didácticos.

Mientras tanto, y a efecto de no dejar nuestro trabajo a medias, consideramos que una vez analizadas todas las figuras en las que se puede incluir a los capitales constitutivos, definitivamente la más idónea para comprender su naturaleza es la sanción, porque como referimos antes, la misma se define como la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado, en este sentido nuestra figura a estudio, fuera del caso donde se encuentra dentro del término para cumplir con la norma, encuadra perfectamente dentro de la sanción, precisamente porque es resultado de un incumplimiento y sobretodo porque aun cuando pueda delimitarse dentro de alguna de las figuras referidas a lo largo de éste análisis, lo que tratamos de buscar fue la naturaleza más lógica que pudiera tener un capital constitutivo, esto es, el considerar a los capitales dentro de alguna de las otras formas nos hubiera llevado a discrepancias, precisamente porque no encuadraban

⁸⁵ RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl. Derecho Fiscal, Ob. cit., p. 91.

dentro del todo en las mismas y lo que buscábamos era una naturaleza lo más apegada a lo que entendemos por capitales constitutivos y que por ende fuera muy clara, precisa y práctica.

**CAPÍTULO IV. PROBLEMÁTICA DEL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN “I”
EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 77 DE LA LEY
DEL SEGURO SOCIAL VIGENTE.**

4.1. REGISTRO E INSCRIPCIÓN DE LOS TRABAJADORES.

La inscripción de los trabajadores es un tema esencial para el presente trabajo, porque de aquí parte la procedencia del fincamiento de un capital constitutivo de acuerdo con nuestro planteamiento del problema, esto es, depende del tiempo y forma en que se realice para que el Instituto otorgue los servicios que el trabajador demande, por lo que se requiere que el sujeto obligado cumpla con las obligaciones a su cargo, de lo contrario el Instituto otorgará las prestaciones al trabajador, pero su consecuencia será el cobro al sujeto señalado por la omisión o indebido acatamiento de la Ley.

“La relación laboral está regulada por las disposiciones establecidas por el legislador, que pretende contemplar las diversas circunstancias de dicha relación.

Las obligaciones son resultado, parte o contenido de un orden general de relaciones de derecho establecidas. Son ideas sociales que se encuentran en una estructura determinada en virtud de que nacieron con un origen social; son situaciones de carácter permanente no importando su destino; tienen una construcción bien definida, que puede sufrir ligeras transformaciones, mas no de fondo; y no excluyen la libertad, sino que queda protegida y no se deja al libre juego de las partes.

La razón por la cual existen estas obligaciones, se encuentra en que la relación laboral y todos los aspectos que la misma trae consigo, no pueden dejarse a la libre voluntad de las partes componentes de dicha relación, por la notable desproporción de fuerzas de uno y otros sujetos, por lo que el legislador interviene para nivelar, de cierta manera, dichas fuerzas mediante disposiciones legales a las cuales deben sujetarse el patrón y el trabajador.”⁸⁶

El hablar de obligaciones nos lleva precisamente al tema que estamos tratando en este inciso, es decir, la Ley del Seguro Social establece una serie de obligaciones para los patrones y dentro de ellas están las que señala el artículo 15; concretamente la fracción “I”, haciendo referencia sólo a ésta por ser la de interés para nuestra investigación, dicha fracción señala:

I. Registrarse e inscribir a sus trabajadores en el Instituto, comunicar sus altas y bajas, las modificaciones de su salario y los demás datos, dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles.

Al respecto de la obligación antes mencionada, la Ley del Seguro Social hace algunas especificaciones concretándonos a la inscripción de los trabajadores por ser la parte de esta obligación que nos atañe, el resto solo se menciona para efectos de tener una referencia, por lo tanto no se considera todo el enunciado ya que bien puede abarcar todo un estudio aparte y en este caso la parte sustancial es lo relativo a la inscripción, para ello citaremos a continuación los artículos de la Ley del Seguro Social que tienen injerencia con este fragmento para complementar lo ya señalado.

⁸⁶ DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo I, Ob. cit., p. 257.

Artículo 17. *“Al dar los avisos a que se refiere la fracción I del artículo 15 de esta Ley, el patrón puede expresar por escrito los motivos en que funde alguna excepción o duda acerca de sus obligaciones, sin que por ello quede relevado de pagar las cuotas correspondientes. El Instituto, dentro de un plazo de cuarenta y cinco días hábiles, notificará al patrón la resolución que dicte y, en su caso, procederá a dar de baja al patrón, al trabajador o a ambos, así como al reembolso correspondiente.*

La información que proporcionen los patrones para su registro podrá ser analizada por el Instituto, a fin de verificar la existencia de los supuestos y requisitos establecidos en esta Ley. Si el Instituto determina que no se dan los supuestos previstos en el artículo 12, fracción I, de esta Ley, notificará al presunto patrón para que éste, en el plazo de cinco días hábiles manifieste lo que a su derecho convenga y, en el caso de que no desvirtúe tales situaciones, el Instituto procederá a dar de baja al presunto patrón, a los presuntos trabajadores o a ambos.

En el caso anterior, el Instituto aplicará los importes pagados a resarcir sus gastos de administración y de operación, quedando a salvo los derechos del presunto trabajador para reclamar, en su caso, los importes que hayan sido depositados en la cuenta individual abierta a su nombre, en los términos de la presente Ley”.

Artículo 18. *“Los trabajadores tienen el derecho de solicitar al Instituto su inscripción, comunicar las modificaciones de su salario y*

demás condiciones de trabajo y, en su caso, presentar la documentación que acredite dicha relación, demuestre el periodo laborado y los salarios percibidos. Lo anterior no libera a los patronos del cumplimiento de sus obligaciones ni les exime de las sanciones y responsabilidades en que hubieren incurrido.

Asimismo el trabajador por conducto del Instituto podrá realizar los trámites administrativos necesarios para ejercer los derechos derivados de las pensiones establecidas por esta Ley.”

Como vemos, en estos artículos citados de la Ley del Seguro Social, se contemplan dos circunstancias muy claras que explicaremos a continuación.

El primer supuesto es el hecho de que el patrón pudiera tener alguna duda sobre las obligaciones que debe cumplir con sus trabajadores, lo cual con base en lo que señala la Ley, no es excusa para que no realice la inscripción, esto es, a pesar de lo que pueda considerar deberá presentar los avisos a que está obligado y manifestar por escrito sus dudas al Instituto, mismas que a su vez el organismo contestará mediante resolución que emita.

El segundo, es el caso en el que los propios trabajadores presentan los avisos ante el Instituto, pero no quiere decir que al haberlos realizado el trabajador, el patrón queda relevado en el cumplimiento de sus obligaciones y por ende ya no tiene responsabilidad, por el contrario si hubo alguna anomalía incluso es merecedor de las sanciones que establece la propia Ley.

Además de lo que señala la Ley del Seguro Social, en cuanto a la inscripción, encontramos en el Reglamento de afiliación,⁸⁷ artículos que tienen relación con el tema a tratar, citando a su vez algunas disposiciones muy específicas del registro de los patrones que también es parte de nuestro contenido, pero comentando esto de manera muy general en razón de que existen muchas particularidades al respecto que no son materia de éste estudio, porque ya señalamos anteriormente cuál es la parte que más nos interesa de esta obligación patronal.

Artículo 12. "Para la asignación del número de registro patronal, se atenderá a lo siguiente:

- I. Al patrón o sujeto obligado persona física, se le otorgará un número de registro en el municipio donde se encuentra ubicado su centro de trabajo. Si posteriormente solicita el registro de otra empresa que realice actividad distinta y no contribuya a la realización de los fines de la primera, se le asignará un número de registro patronal distinto, cualquiera que sea la localización geográfica del establecimiento o centro de trabajo;*

- II. Al patrón o sujeto obligado persona moral, se le asignará un número de registro patronal por cada municipio o en el Distrito Federal, en que tenga establecimientos o centro de trabajo, independientemente de que tenga más de uno dentro de un mismo municipio o en el Distrito Federal; y*

⁸⁷ Reglamento de afiliación, Ediciones Fiscales ISEF, décimo sexta edición, México, 2002.

III. Tratándose de patrones personas morales que en forma ocasional ellos mismos realicen actividades de ampliación, remodelación o construcción en sus propias instalaciones, se les asignará un número de registro patronal diferente, respecto de la obra de que se trate.

Con objeto de simplificar este trámite, el Instituto podrá otorgar registros patronales en condiciones diferentes a las señaladas en las fracciones anteriores”.

Artículo 13. “El Instituto proporcionará a cada patrón o sujeto obligado una tarjeta de identificación patronal, por cada registro patronal asignado en los términos del artículo anterior, la que deberá mostrar en toda gestión que realice ante el Instituto. En dicha tarjeta se harán constar, entre otros, los datos siguientes:

- I. Número de registro patronal asignado por el Instituto;*
- II. Nombre o razón social del patrón o sujeto obligado;*
- III. Actividad o giro;*
- IV. Domicilio; y*
- V. Firma del patrón o representante legal.*

Los patrones o sujetos obligados serán responsables de los actos que se realicen con la tarjeta de identificación patronal ante el Instituto.

Lo anterior sin perjuicio de los mandatos que se otorguen en los términos de la legislación común.

El patrón o sujeto obligado deberá avisar al Instituto por escrito del robo, destrucción o extravío de la tarjeta, para proceder a su reposición, previo pago de los derechos correspondientes. La falta de este aviso al Instituto valida todos los actos realizados bajo el amparo de la tarjeta”.

Artículo 16. *“Los patrones deberán inscribir ante el Instituto a sus trabajadores permanentes, por obra o tiempo determinados o eventuales, proporcionando los datos de los mismos en los formularios o medios autorizados, dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la fecha del inicio de la relación laboral. No obstante lo anterior, la inscripción podrá realizarse el día hábil anterior al inicio de la relación laboral; en este caso, la obligación de prestar los servicios institucionales será a partir de la fecha que como inicio de la relación laboral se señale en el formulario respectivo.*

Los patrones comunicarán al Instituto los salarios de sus trabajadores, ajustándose a los límites establecidos en el artículo 28 de la Ley”.

Artículo 17. *“Al recibir el aviso de inscripción de un trabajador que por primera vez se registre ante el Instituto, éste le asignará su número de seguridad social que tendrá el carácter único y permanente.*

Cada vez que el trabajador inicie una nueva relación laboral, el patrón o sujeto obligado deberá solicitar al trabajador su número de seguridad social.

Los servicios de afiliación del Instituto podrán proporcionar a los trabajadores que lo soliciten, el número de seguridad social, previamente su contratación.

El Instituto Mexicano del Seguro Social es el único facultado para asignar o modificar el número de seguridad social”.

Artículo 18. *“El Instituto le entregará al trabajador y demás sujetos de aseguramiento y a sus beneficiarios, una tarjeta de afiliación.*

Dicha tarjeta deberá contener entre otros datos los siguientes:

- I.** *Número de seguridad social del asegurado.*
- II.** *Clave única de registro poblacional.*
- III.** *Nombre del derechohabiente.*
- IV.** *Firma del derechohabiente.*

Cada vez que el trabajador inicie una nueva relación laboral, el patrón o sujeto obligado deberá solicitarle su tarjeta de afiliación. La omisión en la presentación de esta tarjeta no exime al patrón de la obligación de inscribirlo ante el Instituto.

En caso de que el derechohabiente solicite en la unidad médica de su adscripción la expedición de una nueva tarjeta de afiliación, el Instituto se la entregará previo pago de los derechos correspondientes.

Una vez que el trabajador cuente con su clave única de registro poblacional, deberá proporcionarla al patrón para que éste pueda comunicarla al Instituto”.

Como podemos observar, tanto en la Ley del Seguro Social como en el Reglamento de afiliación, se establece de manera categórica la obligación ineludible de registrarse e inscribir a sus trabajadores en los términos que establece la legislación referida, si bien es cierto que la propia Ley establece el aseguramiento por disposición legal, también lo es que para que pueda prestar los servicios como tal es necesario que el patrón presente ante el Instituto los avisos, por ser la única manera en que se individualiza el seguro en la persona del trabajador.

En cuanto al plazo para realizar la inscripción, ambos ordenamientos coinciden con los cinco días, aclarando que el reglamento referido exhorta al patrón a presentarlo el día hábil previo al comienzo de las labores a desempeñar por el trabajador, en virtud de que no va a existir ningún perjuicio económico para el patrón porque la obligación comienza el día en que se inicia la relación laboral, misma que se señala en el aviso respectivo y por el contrario sí va a tener beneficios para el sujeto obligado, porque así se puede evitar el fincamiento de un capital constitutivo por la posible ocurrencia de un riesgo de trabajo que perjudique a ese trabajador que apenas iniciaba sus labores y por lo cual de acuerdo con la legislación actual, el patrón debe responder.

Tanto hemos hablado del trabajador como sujeto de aseguramiento y del sujeto obligado a cumplir con las disposiciones que establece la Ley, que trataremos de señalar algunos aspectos relevantes de los mismos para complementar dichas figuras tan mencionadas a lo largo del presente análisis.

“El sujeto de aseguramiento es la persona que debe ser inscrita en el Instituto Mexicano del Seguro Social por colocarse en el supuesto previsto por la Ley, concepto elaborado en base al principio del Derecho Administrativo en el sentido de que, en este campo al que pertenece la materia del Seguro Social, la Ley constituye la fuente primordial de las obligaciones.

Con base en el mismo principio, se puede decir que el sujeto obligado es la persona que se coloca en el supuesto previsto por la Ley para contraer el conjunto de obligaciones establecidas en la misma.

Puesto que el Seguro Social nació y se encuentra destinado fundamentalmente para los trabajadores, los patrones vienen a ser los principales sujetos obligados.

El sujeto obligado está vinculado estrechamente con el sujeto de aseguramiento, de tal manera que la Ley toma en cuenta este vínculo para establecer quiénes tienen el carácter de sujetos obligados, además de que el disfrute de los derechos de los sujetos de aseguramiento depende del cumplimiento de las obligaciones por parte de los sujetos obligados en conjunto y a veces en forma individual. Sin embargo, las relaciones jurídicas que el sujeto obligado y el sujeto de aseguramiento puedan tener en un campo distinto al del Seguro Social, no tienen más repercusión en éste que la de servir de base para determinar las obligaciones de uno y los derechos del otro.

En la materia del Seguro Social, difícilmente se puede encontrar una relación jurídica entre el sujeto obligado y el sujeto de aseguramiento, como podría ser la derivada de la facultad que tiene el primero para descontar de su salario las cuotas del segundo. En el Seguro Social, las relaciones jurídicas se manifiestan más bien en una serie de obligaciones que los sujetos obligados tienen para con el Instituto y un conjunto de derechos que los sujetos de aseguramiento y los beneficiarios tienen frente al mismo Instituto, en una clara demostración de la justicia legal en el primer caso y de la justicia distributiva en el segundo”.⁸⁸

Ahora bien, la obligación materia de estudio es de suma importancia como lo hemos subrayado porque se presentan consecuencias inmediatas en el sujeto asegurado, que para este caso es el trabajador quien es el que presta un servicio personal subordinado, esos servicios conllevan al sujeto obligado a cumplir con lo que establece la Ley en favor de los trabajadores, siendo la inscripción la base para que el instituto pueda otorgar las prestaciones a que tiene derecho la persona que está laborando.

La inscripción del trabajador genera una serie de derechos que por consiguiente se transforman también en beneficios para él en materia de seguridad social, sin que tenga que esperar algún tiempo para que se le otorguen, es decir, una vez que empieza a trabajar puede gozar de los derechos consagrados en la Ley del Seguro Social, lo cual señalamos en el sentido de que si el trabajador sufre un riesgo de trabajo, la propia Ley lo asegura desde el primer día en que empieza a laborar; estos derechos pueden consistir en prestaciones en dinero o en especie mismas que van de acuerdo a la gravedad de los hechos y en cuantía respecto al monto de su salario.

⁸⁸ RODRÍGUEZ TOVAR, José de Jesús. Derecho Mexicano de la Seguridad Social. Ob. cit., p. 74.

“La inscripción del trabajador, como se ha visto antes, produce el efecto de iniciar la cobertura de sus riesgos y la de sus beneficiarios, por lo que, si no se ha realizado correctamente la inscripción, el Instituto tampoco ha tomado para sí la cobertura del riesgo, quedando la responsabilidad para el patrón al realizarse el siniestro. Pero la Ley del Seguro Social no ha querido que, por la responsabilidad nacida del incumplimiento de la obligación de inscribirlo, el patrón sea quien otorgue directamente las prestaciones en dinero y en especie al trabajador o a sus beneficiarios, sino que ha determinado que sea por conducto del Instituto y precisamente por medio del capital constitutivo, de donde que dicho Instituto sea quien otorga las prestaciones y el patrón le paga su importe, que es precisamente el del capital constitutivo”.⁸⁹

Para el trabajador genera una gran inseguridad el prestar sus servicios sabiendo que no se le ha inscrito o bien se realizó en forma incorrecta dicha inscripción, porque sabe que si le llega a ocurrir algún siniestro o bien requiere de alguna prestación que la Ley otorga, sufrirá un menoscabo en su persona porque al momento de solicitarla se hará presente dicha anomalía, con lo cual tendrá que hacer valer sus derechos frente al Instituto y éste a su vez responsabiliza al patrón por la omisión; aun cuando al trabajador se le otorguen las prestaciones, esto se pudo evitar si el sujeto obligado hubiera realizado los trámites de acuerdo con lo que señala la Ley del Seguro Social.

“Por ser una obligación que se desprende de la Ley, las personas subordinadas y los patrones, deberán cumplir con las obligaciones formales que establece la Ley del Seguro Social, en este caso no interviene su ánimo o disposición para el cumplimiento y tampoco el acto que da origen a la relación laboral, no importa que se

⁸⁹ Ibidem, p. 125.

trate de instituciones filantrópicas, educativas o de cualquier otra naturaleza, que por no ser lucrativas no causan impuestos, toda vez que por la simple razón de tener trabajadores a su mando tienen forzosamente que cumplir con las leyes de la seguridad social”.⁹⁰

A lo largo del presente trabajo hemos mencionado un sinnúmero de veces a la Ley del Seguro Social, en este momento en el cual estamos a punto de terminar con nuestro cometido, quisiéramos hacer un paréntesis que no nos desvíe de nuestro tema, porque de él se desprende otra cuestión que se entrelaza con lo que estamos señalando en este punto.

En este sentido me refiero a una situación que por desgracia se presenta en muchas de las leyes, sino es que en todas, sin embargo, por nuestro contenido, ahora nos referimos a una materia en concreto que es precisamente la seguridad social, citando así el siguiente comentario.

“Resulta lamentable que el Congreso de la Unión, al redactar la actual Ley del Seguro Social, haya incurrido en tantas vaguedades, oscuridades y hasta contradicciones en su texto.

Cuanta razón le asiste al Maestro Agustín Arias Lazo, decano en esta disciplina en la Universidad Nacional Autónoma de México, y en la Academia Mexicana de Derecho de la Seguridad Social, cuando sostiene que: *la actual Ley del Seguro Social es una de las legislaciones más mal redactadas que recuerda en su larga trayectoria de jurista*”.⁹¹

⁹⁰ MORENO PADILLA, Javier. Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR, Ob. cit. p. 65.

⁹¹ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., pp. 422 y 423.

La crítica anterior que es de todos sabida, se ejemplifica en nuestro tema por las siguientes cuestiones. Si bien la inscripción del trabajador tiene su mayor importancia en lo relativo a las prestaciones que se le otorguen al mismo, cabe aclarar que no solo estamos frente a la realización de un mero trámite, sino que existe otra cuestión que reflexionaremos brevemente porque forma parte de este estudio, esto es, que en la inscripción se debe hacer una correcta indicación de todas las percepciones que recibe el trabajador asegurado, al constituir el salario, porque es el elemento esencial de la relación laboral, ya que de él depende a cuanto ascienden en un momento dado sus prestaciones económicas, precisamente porque el cálculo se hará de acuerdo a la cuantía de su salario; aquí es uno de los casos en que esa oscuridad de la Ley que se comentaba anteriormente surte efectos, porque los sujetos obligados en este caso concreto hacen uso de la falta de conocimiento por parte de los trabajadores y de las lagunas de la Ley para beneficiarse y no cumplir con las mismas, claro ejemplo lo tenemos en los salarios, ya que muchas veces el salario del trabajador es uno en la práctica y otro el que aparece como cotizado.

“En esas condiciones, todos los trabajadores debieran estar alertas de cotizar al Instituto Mexicano del Seguro Social e Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores conforme a los salarios que realmente perciben por sus servicios personales subordinados; y si bien es cierto que la *cuota obrera* que les corresponde aportar para financiar su aseguramiento disminuye en apariencia su ingreso real, también lo es que, desde otra óptica, esa aportación le beneficiará cuando le ocurra algún siniestro o se halle ante un evento protegido por la Ley del Seguro Social. Luego, las prestaciones económicas que recibirá – trátase de subsidios, ayudas o pensiones -, también serán proporcionadas en directa relación a la cuantía del salario real en que haya estado cotizando, de tal suerte que insistimos que no

basta ser asegurado, sino hay que estar correctamente asegurado, lo que es bien distinto.

En efecto, no es suficiente estar afiliado al régimen obligatorio del seguro social, ya que debe inscribirse al trabajador con apego a su realidad laboral al manifestarse el total de sus percepciones, haciendo a un lado la actitud amañada de algunos patrones que afilian a sus trabajadores con el salario mínimo o con un salario inferior al real, lo que aceptan los operarios ya por desconocimiento de los derechos irrenunciables que le son propios o ya por el temor de tener un conflicto con su patrón.

Bien visto el asunto, el registro de patrones y la inscripción de sus operarios conforman básicamente el presupuesto de contingencias, estadísticas, costo de prestaciones y cuotas que deben aportar tanto los sujetos obligados como los sujetos de aseguramiento; por ende, las estadísticas y los cálculos matemáticos actuariales son parte fundamental del sistema financiero del Instituto Mexicano del Seguro Social".⁹²

De lo anterior se desprende que otra figura muy importante es el salario, porque de él depende el monto de las prestaciones que un trabajador puede llegar a percibir en caso de necesitarlo, para ello citamos brevemente algunos aspectos importantes que sirven en esta investigación, porque al igual que otras figuras jurídicas que hemos mencionado, el salario también puede ser tema de un trabajo aparte.

⁹² Ibidem, pp. 423 y 424.

“Atendiendo a las circunstancias analizadas, *el ingreso del asegurado determina el monto de las cuotas a cubrir en cada caso*, en el entendido que dichos ingresos –que no siempre son salarios, pues hay sujetos de aseguramiento que no son empleados –, pueden ser de tres tipos: *a) fijos, b) variables y, c) mixtos*. Veamos ahora las reglas de su determinación:

- a) El *salario fijo*, es el que está previamente determinado, ya por el día, ya por semana o por cualquier otro periodo, siendo de vital importancia el establecer la *cuota diaria* o elementos fijos percibidos por el trabajador asegurado, en el entendido de que la Ley del Seguro Social establece en diversos preceptos que *los asegurados quedarán inscritos precisamente con el salario que perciban al momento de su afiliación, con sus respectivos incrementos*.

- b) El *salario variable*, será generalmente aplicable en los casos de vendedores a porcentaje, comisionistas, trabajadores a destajo y casos análogos, en donde deberá calcularse el *ingreso promedio que se obtenga mensualmente*, sumando los ingresos totales percibidos en el mes inmediato anterior y dividiéndolos entre el número de días de salario devengado, en la inteligencia que si se trata de un trabajador de nuevo ingreso sólo se tomará el salario que corresponde al periodo respectivo.

- c) En los casos de *salario mixto*, generalmente nos hallamos en la hipótesis de que el empleado percibe retribuciones previamente conocidas, conjuntamente con otras percepciones variables. En este caso, *deben sumarse a los elementos fijos, el promedio obtenido de los variables*, en los términos a que se alude en el párrafo precedente”.⁹³

Así las cosas, de las obligaciones de los patrones se obtienen los elementos principales para que se cumpla con los beneficios de la seguridad social, porque es precisamente de aquí donde parte esa seguridad y por ende el trabajador se hace acreedor a las prestaciones que señala la Ley, logrando así una armonía entre las partes que integran la relación laboral, considerando que el trabajador al tener una seguridad social gozará de una tranquilidad tanto para él como para sus beneficiarios, siendo así el medio más efectivo para velar por ellos, obteniendo como resultado un mejor cumplimiento en sus deberes.

Por último, aludimos que el conocimiento de los derechos y obligaciones de las partes que forman la relación laboral es muy importante, sobre todo porque si el trabajador tiene interés en cuanto a los derechos que la Ley le otorga evitará que los mismos sean violados y se genere un perjuicio en su persona o beneficiarios, sin dejar de lado que así como son titulares de derechos entiendan que a su vez se hacen acreedores a obligaciones, llegando así a un equilibrio que tiene como resultado la paz social y el progreso económico.

⁹³ Ibidem, pp. 424 y 425.

4.2. CONTRADICCIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 15 FRACCIÓN I Y 77 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL VIGENTE.

En el rubro anterior hablamos un poco acerca del grave problema que se da con la leyes en el sistema jurídico mexicano en cuanto a la vaguedad, oscuridad e incluso contradicción de las mismas; siendo nuestro tema presa de esa situación y razón fundamental por la cual se inició el presente trabajo.

La contradicción a la que nos referimos entre los artículos 15 fracción I y 77 de la Ley del Seguro Social, desde mi punto de vista genera serios y muy graves problemas que repercuten en la esfera económica del patrón, aspecto que trataremos de explicar en las siguientes líneas, para posteriormente dar una opinión y al final del capítulo presentar una propuesta viable y práctica como solución al mismo.

Para iniciar tenemos que citar dichos artículos para poder especificar claramente cual es la contradicción que se presenta.

Artículo 15.- “Los patrones están obligados a:

*I. Registrarse e **inscribir a sus trabajadores** en el Instituto, comunicar sus altas y bajas, las modificaciones de su salario y los demás datos, dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles”.*

Artículo 77.- “El patrón que estando obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos de trabajo no lo hiciera, deberá enterar al

Instituto, en caso de que ocurra el siniestro, los capitales constitutivos de las prestaciones en dinero y en especie, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, sin perjuicio de que el Instituto otorgue desde luego las prestaciones a que haya lugar.

La misma regla se observará cuando el patrón asegure a sus trabajadores en forma tal que disminuyan las prestaciones a que los trabajadores asegurados o sus beneficiarios tuvieren derecho, limitándose los capitales constitutivos, en este caso, a la suma necesaria para completar las prestaciones correspondientes señaladas en la Ley.

Esta regla se aplicará tratándose de recaídas por riesgos de trabajo, con el mismo patrón con el que ocurrió el riesgo o con otro distinto.

Los avisos de ingreso o alta de los trabajadores asegurados y los de modificaciones de su salario, entregados al Instituto después de ocurrido el siniestro, en ningún caso liberarán al patrón de la obligación de pagar los capitales constitutivos, aun cuando los hubiese presentado dentro de los plazos que señalan los artículos 15 fracción I y 34 fracciones I a III de este ordenamiento legal”.

De lo expuesto en éstos artículo encontramos claramente cuál es el problema que se presenta, es decir, tenemos un artículo 15 fracción I de la Ley del Seguro Social, que señala como obligación ineludible para los patrones entre otras, inscribir a sus trabajadores, señalando solo ésta por ser la parte que nos interesa y que será el

tema a tratar; siguiendo con la idea, el mismo precepto expresa que para dicha inscripción se tendrá un plazo no mayor de cinco días hábiles.

Partiendo de esos lineamientos, yo como patrón si leo éste artículo me confío, porque sé que tengo cinco días para inscribir a mi trabajador o trabajadores de nuevo ingreso, por lo que puedo programarme a efecto de hacerlo poco a poco o de acuerdo a mi carga de trabajo, en el entendido de que la Ley supuestamente otorga seguridad jurídica y se respeta lo que la misma regula. Sin embargo, dentro de la misma Ley del Seguro Social existe un artículo 77 que concretamente en su cuarto párrafo señala respecto a la inscripción de los trabajadores, que los avisos de ingreso entregados al Instituto después de ocurrido el siniestro, en ningún caso liberarán al patrón de la obligación de pagar los capitales constitutivos, aun cuando los hubiese presentado dentro del plazo que señala el artículo 15 fracción I, al percatarse un patrón de esta condición que plantea la Ley de la materia, genera entonces un conflicto porque aun cuando él estuviera en término para inscribirlo, si al trabajador de nuevo ingreso le ocurre algo se hace acreedor al fincamiento de un capital constitutivo, así las cosas resulta que nuestra legislación siempre no nos dio seguridad jurídica, por el contrario podemos decir que hay mala fe, porque en un momento dado aun cuando existieran las dos posiciones, éstas deberían señalarse en el mismo artículo a efectos de que el patrón se prevenga y no así en numerales distintos que pueden no haberse consultado.

“Efectivamente, si bien es cierto que el artículo 15, fracción I, de la Ley del Seguro Social, impone a los patrones la obligación ineludible de registrarse como tales y de inscribir a sus trabajadores al régimen obligatorio del seguro social, así como la de comunicar sus altas y bajas, las modificaciones de su salario y otros actos análogos – hechos que por cierto deben realizar oportunamente dentro de los plazos para ello fijados, que en lo general no deben ser mayores a cinco días hábiles

contados a partir de que ocurra el hecho -, también lo es que *el incumplimiento de los patrones con tales obligaciones no pueden ni debe afectar, en lo absoluto, a la parte más débil de los factores de la producción y de la relación de trabajo, como resulta ser el operario.*

De tal suerte que en estos casos, el patrón que estando obligado a asegurar a sus trabajadores contra riesgos de trabajo no lo hiciera *antes* de ocurrido el siniestro, deberá pagar al Instituto Mexicano del Seguro Social los *capitales constitutivos*.

Tales prestaciones *las otorgará de inmediato el propio Instituto al operario siniestrado o a sus beneficiarios, sin condicionante alguna, inmediatamente que conozca del caso de un trabajador siniestrado que no se encuentra asegurado.*⁹⁴

En este contexto el plazo de cinco días resulta inconveniente, dado que aun cuando se otorga para que el patrón esté en posibilidades de realizar el trámite respectivo, podemos decir que de alguna manera es una trampa, porque el artículo 77 de la Ley no respeta dicho plazo, consecuentemente el patrón es obligado a responder en caso de algún siniestro que ocurra.

Cabe destacar que además de que aun cuando realice el trámite dentro de cualquiera de los cinco días, no importa que día lo haga porque desde el primer día en que se inicia la relación laboral y con ello sus actividades, el trabajador está cotizando para el Instituto su cuota respectiva, efectuando a su vez el patrón el pago desde el primer día en que inició labores el referido trabajador.

⁹⁴ Ibidem, pp. 477 y 478.

Como podemos ver, resulta que de esa contradicción de artículos - en el que uno da un plazo y el otro no lo respeta -, se genera una inequidad indiscutible, porque sabemos que mientras se puede asegurar a un trabajador fuera del término concedido en la Ley siempre y cuando no ocurra ningún siniestro, esto gracias a las argucias de los sujetos obligados, por el contrario si se tiene un trabajador de nuevo ingreso y le ocurre un siniestro dentro del término para darlo de alta ante el Instituto éste le finca un capital constitutivo aun cuando no se ha violado un precepto legal, en este sentido se presenta una injusticia para aquel patrón que aun cumpliendo con lo que establece la Ley, se hace merecedor de una sanción, situación que analizaremos más a fondo en el siguiente punto, por ello solo hacemos este breve comentario.

En esta tesitura, manifestamos que si la Ley está otorgando un plazo, éste se debería respetar por el propio legislador, a fin de que los patrones puedan cumplir cabalmente con sus obligaciones, no solo de seguridad social sino también las de carácter fiscal; porque lo que observamos es un precepto que origina inseguridad para los sujetos obligados y que al existir un artículo que lo contradice, la solución en todo caso, sería reformar para omitir el plazo y con ello que los patrones dejen de confiarse, ya que esto se puede catalogar como un engaño para sancionar a un patrón que desconoce la existencia de dos artículos que se contraponen, haciéndose acreedor al fincamiento de un capital constitutivo o bien hacer valer el plazo y que el Instituto responda aun si el siniestro ocurre dentro de los cinco días y el trabajador no ha sido inscrito, situación que se contrapone a la naturaleza de un seguro, pero ésta polémica la analizaremos en la propuesta que se presentará al final de éste capítulo.

4.3. INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO Y MOTIVACIÓN PARA FINCAR UN CAPITAL CONSTITUTIVO CON BASE EN EL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN I.

El tema anterior nos da la pauta para entrar a la interrogante que se presenta en éste punto, porque si se respetará el plazo de cinco días que concede la Ley del Seguro Social no se tendría que fincar un capital constitutivo por ésta razón y en todo caso el Instituto Mexicano del Seguro Social tendría que hacerse responsable porque no se esta violando ningún ordenamiento y por ende no se le puede responsabilizar al sujeto obligado si no hay una infracción a la norma.

“Sebastián Soler manifiesta que la norma jurídica, a diferencia de la norma moral, siempre contiene, además del destinatario del poder que llamaremos primario (pagar tus deudas a su vencimiento), otro destinatario adicional, que es un órgano del Estado, a cuyo cargo se encontrará la tarea de procurar lo que el deudor remiso no entregó (si no pagas, te quitarán lo necesario para hacerlo con interés); la norma jurídica se compone de dos preceptos: la prescripción de deberes de un destinatario primario y de un segundo, que es el órgano del Estado encargado de la ejecución.

De tal suerte que la Ley debe ser cumplida en forma espontánea por el obligado ante ella o, en su defecto, los órganos de la Administración encargados de vigilar la misma deberán hacerla cumplir, inclusive en forma ejecutiva.

En el momento mismo en que los destinatarios originales de la norma se abstienen de cumplir en forma voluntaria, entra en juego la coercitividad del Estado para exigir el cumplimiento por la fuerza, sólo que dicho cumplimiento va aparejado

de otra serie de consecuencias adicionales y accesorias que dan eficacia y certeza a la actuación del órgano, de tal suerte que la reacción es agresiva y trascendente”.⁹⁵

De lo puntualizado se desprende que si hay observancia en la norma jurídica, entonces se carece de fundamentación y motivación para fincar un capital constitutivo dentro del plazo concedido en la Ley para el cumplimiento de la obligación, aun cuando al trabajador le ocurra algún siniestro y todavía no se le inscriba, porque el sujeto obligado puede aducir que sí está cumpliendo con la Ley dado que no ha vencido el plazo para la inscripción del trabajador, fundamentando esto en el artículo 15 fracción I de la Ley del Seguro Social que otorga un periodo que se tendría que respetar y entre tanto el Instituto debería responder si la situación se llega a presentar.

Pese a lo mencionado, en la práctica claramente se observa que gracias al numeral 77 de la Ley citada, el plazo de cinco días, no es excusa ni defensa si ocurre algún siniestro al trabajador, por lo que aquí entramos a un aspecto muy complejo ya que la autoridad tiene como fundamento éste último artículo que referimos y por ende con base en él puede señalar con precisión sus razonamientos que lo llevan a la conclusión de que el asunto concreto, es decir el fincamiento del capital constitutivo, encuadra perfectamente con los presupuestos de la norma en que se apoya y justifica a efecto de que proceda, en el mismo sentido podrá motivar este acto.

Así las cosas, “no sirve aducir que existe un plazo de genérico para la presentación de avisos afiliatorios – cinco días hábiles -, porque en cambio hay una norma específica que previene que los avisos de alta presentados *después* del siniestro

⁹⁵ MORENO PADILLA, Javier. Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR, Ob. cit., pp. 216 y 217.

no liberan al patrón de responsabilidades aunque los hubiese presentado dentro del plazo genérico”.⁹⁶

Es importante manifestar que la función primordial del Instituto debe ser el otorgar servicios de seguridad social y no actuar como una institución receptora de ingresos. Derivado de esto, el plazo de gracia que se otorga a los sujetos obligados no debería presentar ningún conflicto, dado que el principal interés se supone, es atender las demandas de los trabajadores y auxiliarlos para que desempeñen de la mejor manera su trabajo; y si la misma Ley está previendo una situación por la cual el patrón no este en posibilidades de realizar los trámites el mismo día en que el trabajador comienza sus labores, en consecuencia ese tiempo debería otorgar una tranquilidad y seguridad para el patrón y no así una incertidumbre por la mala fe de condicionar en la forma que lo hace el cumplimiento de una obligación, pero si la realidad es que de todas formas ese lapso no va a constituir una defensa ante el fincamiento de un capital constitutivo, se debería optar por omitirlo y en su caso obligar a los patrones a inscribir a sus trabajadores antes de que empiece a desarrollar la actividad para la que fue solicitado.

Por otro lado, a pesar de lo que sucede en la práctica, el artículo 15 fracción I, debería ser una opción de defensa para el sujeto obligado, ya que por algo está este precepto y en el supuesto caso de que el trabajador sufriera un siniestro, la defensa del patrón sería que no existe una violación a la norma jurídica y por eso no puede ser sujeto de una sanción, pues es ilógico que se imponga a una persona un castigo por una conducta futura, es decir, el sujeto obligado no está atentando ni contra el trabajador, ni en oposición al Instituto, sin embargo las consecuencias repercuten en la determinación del fincamiento de un capital constitutivo.

⁹⁶ RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Ob. cit., p. 482.

Para finalizar, consideramos que el determinar un capital constitutivo a cargo del obligado aun cuando esté cumpliendo con la Ley y no haya transcurrido el plazo para la inscripción del trabajador, tiene la misma trascendencia que para un sujeto obligado que sí violó la norma jurídica, así las cosas estamos ante una injusticia, inequidad e inseguridad jurídica total; porque no se debe castigar de la misma forma al sujeto que sí infringió en comparación de otro que está cumpliendo con lo establecido; esto es resultado de la mala redacción de nuestra leyes que generan contradicción aun dentro del mismo ordenamiento que regula esta situación y él único perjudicado es aquel que atiende al contenido de las mismas y que no prevé lo que puede ocurrir si se actualiza algunas de las hipótesis que plantea nuestra legislación.

Lo único que quedaría por decir, es que el sujeto obligado debe anticiparse a los hechos para evitar un perjuicio en su persona, sobretodo porque se afecta directamente su esfera económica, por el pago que tiene que hacer al Instituto para que éste pueda recuperar las cantidades que en dinero o en especie ha entregado a un trabajador que ha requerido de sus servicios.

4.4. PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 15 FRACCIÓN I DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

En este último punto, trataremos de presentar una solución práctica al conflicto que se presenta por la existencia de dos artículos que se contraponen y que generan un perjuicio a los sujetos constreñidos al cumplimiento de la obligación de inscribir a sus trabajadores.

Es necesario aclarar algunas cosas antes de poder hacer la propuesta, esto es, en el caso del fincamiento de capitales constitutivos encontramos un aspecto que va de la mano con él y es la figura jurídica del seguro, de aquí vamos a partir para poder presentar al final de este tema la reforma que queremos proponer.

Atendiendo a la naturaleza del seguro, éste es una forma de transferir riesgos a un tercero que cuenta con la organización y la técnica adecuada para garantizar los riesgos asegurados.

La experiencia muestra la presencia de una constante amenaza de daño sobre una colectividad en su persona o bienes, pero no se realiza para todos sino para unos cuantos casos en particular; esta amenaza es el riesgo, que es una eventualidad dañosa, futura e incierta, donde la incertidumbre es el elemento más destacado.

Es así como vemos que el seguro tiene una relación total con el azar, porque el siniestro puede o no ocurrir, por lo tanto cuando uno requiere de un seguro es para prevenir, aquí es donde se maneja el supuesto de que el Instituto al no conocer la existencia de un trabajador por el hecho de que no se le ha inscrito, entonces no se puede subrogar en los derechos del obligado y hacerse cargo de ésta persona; aquí hay que aclarar que el Instituto Mexicano del Seguro Social sí otorga las prestaciones al trabajador pero después le cobrará al sujeto obligado por la omisión cometida de no dar de alta al mismo, por eso decimos que no se subroga porque si bien lo atiende, lo hace como si fuera un sujeto independiente del Instituto y no como trabajador que está cotizando, porque en éste último caso el patrón no tiene que realizar ningún pago extra por la atención que se le brinde.

Lo que se presenta ante tal situación, como se comentó antes, es que la teoría tradicionalista de los seguros privados tiene un quebrantamiento, es decir, existe la salvedad de que aun cuando el trabajador no esté inscrito antes de que suceda un siniestro, de todas formas queda protegido por el simple hecho de ser sujeto de una relación laboral; por lo tanto, se presenta una gran diferencia con los seguros privados, en el entendido de que este tipo de seguros no responden por nadie que no esté previamente asegurado.

La polémica en este caso es que si el patrón está dentro del plazo de cinco días y al trabajador le ocurre un siniestro, no se le debe fincar el capital constitutivo y el Instituto tiene que hacerse cargo de él, porque se debe atender a la lógica de que éste órgano tiene ya un sinnúmero de afiliados, por lo tanto, cuando se presenta un trabajador a solicitar algún servicio lo debe conceder, en razón de que el Instituto no se basa en el monto de las cuotas que haya aportado cada trabajador en lo individual sino en la suma de todos ellos, porque aquí a diferencia de los seguros privados se supone que no estamos ante un negocio, esto es, se busca dar protección a través de la seguridad social a los sujetos de una relación laboral, pero ello no significa que solo se protege al trabajador sino también al patrón y mientras éste último actúe conforme a derecho, en teoría se le debería respetar lo que establezca la Ley en su favor.

Con lo anterior, queremos decir que si se contempla detrás del Instituto Mexicano del Seguro Social un sistema de financiamiento a fin de poder prever acontecimientos futuros e inciertos, entonces se está en posibilidades de hacer frente a una situación como la que se presenta aquí; sin embargo, como ya se ha mencionado, en la práctica esto no ocurre, dado que el sujeto obligado tiene que responder de todos los gastos erogados por el Instituto; aunque en este caso si el legislador quisiera podría regular la situación en otro sentido, es decir, respetar el plazo pase lo que pase

y con ello obligar al Instituto a otorgar las prestaciones, porque de todas formas el patrón todavía está en tiempo y por eso dicho organismo tiene detrás un financiamiento que puede hacer frente a contingencias inesperadas, siempre y cuando el sujeto obligado éste apegado a la Ley y así se daría una mayor certeza jurídica.

No obstante, consideramos que es más viable eliminar el plazo para que el Instituto no tenga un menoscabo en su patrimonio, al tener que responder por algo que no está contemplado y que de alguna manera también le perjudica en sus finanzas, aunque por el tiempo que se otorga podemos ver que no se genera una gran pérdida porque el sujeto obligado al inscribirlo tiene que pagar desde el primer día en que empezó a laborar entonces hay una compensación, pero dado nuestro sistema jurídico es mejor solución prescindir de los cinco días.

De lo contrario, se seguiría objetando por parte de la autoridad que con base en el artículo 77 de la Ley citada, carece de efectos ese tiempo si surge algún siniestro sin que el trabajador esté asegurado y ante este argumento es muy difícil que el obligado se pueda defender, además esto nos lleva a ser coherentes con la naturaleza de los seguros en lo general, ya que es inconcebible el inicio o existencia de un seguro después de ocurrido el siniestro, pues no se puede asegurar para el futuro un riesgo ya realizado, aun cuando ésta situación podría ser la excepción a la regla porque aquí el sujeto obligado tiene que cumplir con la obligación de inscribirlo, es decir, es forzoso y en consecuencia se cotizará para poder cubrir los servicios que se prestan, no así en un seguro privado, en el que es decisión del sujeto interesado contratarlo o no.

De aquí se deriva que si bien la obligación para los patrones consiste en asegurar dentro del plazo legal a sus trabajadores, si ello ocurre con posterioridad al

siniestro, procederá el fincamiento del capital constitutivo, no porque el patrón no lo hubiera inscrito dentro del tiempo señalado, sino porque al hacerlo ya se había producido el siniestro y el seguro obtenido mediante la inscripción sólo puede aplicarse para los riesgos futuros; por lo tanto de todo lo ya comentado se llega a la siguiente propuesta a efecto de solucionar el conflicto estudiado a lo largo de este trabajo.

Nuestro artículo 15 fracción I, vigente señala lo siguiente:

Artículo 15. Los patrones están obligados a:

I. Registrarse e inscribir a sus trabajadores en el Instituto, comunicar sus altas y bajas, las modificaciones de su salario y los demás datos, dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles.

La solución que se plantea se refiere a una iniciativa de reforma a la Ley del Seguro Social para que se elimine el plazo otorgado a los patrones, esto es, los sujetos que tienen que cumplir con la obligación de inscribir a sus trabajadores pueden tener a su cargo subordinados dedicados exclusivamente a presentar los avisos de alta correspondientes ya sea el mismo día en que el trabajador comienza sus labores o bien el día hábil anterior, lo cual como ya se explicó no presenta ningún menoscabo económico, porque se cotiza a partir de la fecha señalada en el aviso y no antes, con lo cual evitarán el fincamiento de un capital constitutivo que será más grave que el contratar a personas que tengan como única función el realizar la obligación que señala la Ley; en cuanto al resto de la obligación, es decir el comunicar las bajas, las modificaciones de su salario y los demás datos, no presenta ningún cambio porque para éste caso existen otras variantes que no fueron tomadas en cuenta en el presente

análisis, ya que el problema que se abordó fue única y exclusivamente por lo que respecta a la inscripción de los trabajadores, teniendo por lógica injerencia en cuanto a las altas de los mismos, pero por lo demás se respeta el plazo de cinco días; en consecuencia quedaría de la siguiente manera:

Artículo 15. Los patrones están obligados a:

(R) I. Registrarse, inscribir a sus trabajadores en el Instituto y presentar sus altas, el día hábil anterior al inicio de sus actividades o en su defecto a más tardar el día hábil que empiece con las mismas, sin que por ello se haga acreedor al fincamiento de un capital constitutivo, asimismo comunicar las bajas, modificaciones de su salario y los demás datos, dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles.

Con ésta pequeña modificación a la fracción en comento se pretende evitar el fincamiento de un capital constitutivo por descuido del sujeto obligado, quien se puede confiar de un plazo que finalmente no lo respalda ante un acontecimiento que provoque un siniestro al trabajador, en este caso la inscripción se realiza a más tardar desde el primer día, respetando el plazo sin que se dé posibilidad a fincar un capital y así la sanción económica para aquellos que no realicen el trámite señalado sí será equitativa porque están violando una norma, subsanando así la injusticia que muestra la Ley de conceder cierto tiempo pero con la limitante de que no se presente ningún siniestro, lo cual no está en posibilidades de determinar el obligado que aún cumpliendo con la Ley es sancionado.

CONCLUSIONES

1. El derecho a la seguridad social es inalienable para cada persona, por lo tanto es necesario que exista una adecuada normatividad de las leyes que rigen la materia. En este sentido, la seguridad social surge como un instrumento de defensa para evitar, aliviar y mitigar las consecuencias que se generan con motivo de las adversidades a que se encuentran expuestos los individuos.
2. Los capitales constitutivos son las cantidades que debe pagar el sujeto obligado al Instituto por los gastos erogados en las prestaciones que el mismo tenga que otorgar a un trabajador que haya sufrido algún siniestro sin estar previamente inscrito o al estarlo incorrectamente.
3. El capital constitutivo de manera general se puede considerar como una sanción indemnizatoria por parte del sujeto obligado para con el Instituto Mexicano del Seguro Social, en el entendido de que no se puede afectar su economía, dado que es indispensable que cuente con fondos suficientes para poder cumplir con su cometido, dejando fuera el caso en el que se inscribe al trabajador dentro de los cinco días, porque no se actualiza ésta hipótesis. La sanción derivada del incumplimiento a lo establecido en la Ley en materia de inscripción y altas de trabajadores, consistirá en el pago de prestaciones en dinero y especie a que tenga derecho el trabajador según el caso, con el fin de restituir al Instituto los daños y perjuicios causados a éste y a los trabajadores producto de su inobservancia a las obligaciones que para él prevé la Ley del Seguro Social.

4. Se le otorga la naturaleza de sanción a los capitales constitutivos por la omisión en el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la Ley, las cuales son el punto de partida para que opere el Seguro Social en beneficio de trabajadores y patrones, esto es, por no inscribir a sus trabajadores o bien hacerlo incorrectamente, tomando en consideración que una sanción es la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado, así las cosas, el capital constitutivo se genera precisamente por un incumplimiento a la norma, dejando fuera como ya se ha señalado el caso de los cinco días puesto que aquí no hay violación mientras se esté dentro de dicho término.
5. El capital constitutivo tiene el carácter de crédito fiscal, atendiendo a fines puramente prácticos en relación a su cobro, para que éste se pueda realizar a través de la vía económico – coactiva, mediante el procedimiento administrativo de ejecución.
6. Los capitales constitutivos no se pueden considerar como impuestos, ya que no cumplen con los requisitos de equidad y proporcionalidad.
7. Es muy importante que exista una reglamentación carente de vicios respecto al señalamiento de las partidas que integran los capitales constitutivos, a fin de que se cumpla debidamente con su fundamentación y motivación; dando una participación adecuada a los sujetos obligados para que puedan conocer minuciosamente la manera en que se obtiene cada uno de los importes que integran el capital y a su vez consideren los riesgos en que inciden al no inscribir a los trabajadores o al hacerlo defectuosamente. El importe de los

capitales constitutivos existe con la finalidad de obtener el pago puntual y real de cuotas.

8. Para que se pueda hablar de una debida fundamentación y motivación de los capitales constitutivos, en lo tocante a la constitucionalidad y legalidad de los mismos, es indispensable que la autoridad señale con precisión los razonamientos que llevaron a la conclusión de que el asunto concreto a tratar, encuadra perfectamente con los presupuestos de la norma en que se apoya y justifica, al emitir los capitales constitutivos.

9. La actuación del Instituto Mexicano del Seguro Social como organismo fiscal autónomo se puede resumir para nuestro trabajo a los siguientes rubros: fiscalizar y comprobar el cumplimiento cabal y oportuno de las obligaciones legales; establecer la existencia del hecho generador de la obligación tributaria; determinar el sujeto obligado al pago del crédito fiscal; precisar las bases para la liquidación del crédito tributario y en su caso fijarlo en cantidad líquida; cobrar y percibir el crédito fiscal; y ordenar el inicio del procedimiento administrativo de ejecución en contra del patrón o sujeto obligado, para el cobro de los créditos a su favor no cubiertos oportunamente, con la facultad e imperio legales de aplicar directamente el referido procedimiento económico – coactivo por todas sus fases – embargo de bienes, remates y adjudicación, todo ello de conformidad a las reglas contenidas en el Código Fiscal de la Federación -, llevándolo hasta total conclusión.

10. Los capitales constitutivos por su naturaleza no pueden asemejarse a las aportaciones de seguridad social, ya que la propia Ley las considera como contribuciones en el artículo 2º fracción II del Código Fiscal de la Federación,

entre tanto los capitales son producto de un incumplimiento a las obligaciones de la Ley del Seguro Social, por las cuales se deben enterar los pagos que refiere el artículo mencionado en materia fiscal, mismos que se omiten generándose un menoscabo al trabajador y en lo conducente se le debe indemnizar a partir de la sanción que es el capital constitutivo, siendo esto muy distinto del pago oportuno de las aportaciones de seguridad social.

11. En lo relativo a las contribuciones especiales, nuestra figura a estudio si bien podría tener esta naturaleza, es importante comentar que se enfoca más hacia los beneficios obtenidos con motivo de la ejecución de una obra o servicio público de interés general y aun cuando se puede señalar que sí se maneja dentro de las hipótesis que se plantean, considero más apropiado sostener su naturaleza de sanción indemnizatoria porque existe mayor identidad con ella, pues resulta de un incumplimiento a la norma.

12. Por lo que toca a las contribuciones parafiscales, existe gran dificultad para mantener una postura respaldada por ella, es decir, estamos ante una figura que no ha sido muy estudiada por la doctrina, aunado a esto los pocos autores que la analizan no están del todo conformes con su existencia, incluso ni si quiera aceptan la denominación, en tanto otros las incluyen en las contribuciones especiales, con éstas premisas se infiere que apenas se está introduciendo la parafiscalidad a nuestro sistema y si de por sí los capitales constitutivos no tienen tampoco suficientes estudios, sería muy complicado otorgarles la naturaleza parafiscal, ya que dicho término es más bien utilizado por comodidad, aunque no descartamos que en un futuro se pueda fundamentar la parafiscalidad con estudios serios que se vayan presentando por los grandes

concedores del derecho, por lo pronto y amén de precisar lo mejor posible la naturaleza de los capitales se insiste en agruparlos como una sanción.

13. La inscripción de un trabajador debería ser el trámite más importante para los sujetos obligados a su realización, porque las consecuencias de su omisión son muy graves para la economía de los mismos, además de la inseguridad de que es presa el trabajador por saber que no está respaldado por el Instituto ante un acontecimiento inesperado. Mención aparte refiere el hecho de que los trabajadores se deben preocupar por conocer los derechos que les otorga la Ley y también las obligaciones que deben cumplir para que puedan exigir y acceder a las prestaciones que merecen.
14. Existe una contradicción en la Ley del Seguro Social respecto a los artículos 15 fracción I y 77 párrafo cuarto, en lo relativo al plazo de cinco días para inscribir a los trabajadores, lo cual consideramos es mala fe por parte del legislador, atendiendo a que el sujeto obligado se confía por lo señalado en este ordenamiento y no prevé las graves consecuencias que puede tener si ocurre un siniestro, en este sentido se debe realizar una reforma y prescindir del plazo.
15. La única solución es que el sujeto obligado se anticipe al inicio de la relación laboral inscribiendo a su trabajador el día hábil anterior al inicio de sus actividades o a más tardar el día en que comienza las mismas, sin que por ello se haga acreedor al fincamiento de un capital constitutivo por la presentación de avisos extemporáneos, de esta manera los obligados no serán sancionados por una Ley que no otorga seguridad jurídica para ellos y en la cual no hay equidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIOJA VIZCAÍNO, Adolfo. Derecho Fiscal, Themis, décima quinta edición, México, 2001.

BAEZ MARTÍNEZ, Roberto. Derecho de la Seguridad Social, Trillas, México, 1991.

BRICEÑO RUÍZ, Alberto. Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, Harla, México, 1987.

CAVAZOS FLORES, Baltasar. Las 500 preguntas mas usuales sobre temas laborales, Trillas, tercera edición, México, 1992.

DÁVALOS, José. Derecho del Trabajo I, Porrúa, octava edición, México, 1998

DE BUEN L., Néstor. Seguridad Social, Porrúa, México, 1995.

GARCÍA CRUZ, Miguel. La Seguridad Social en México, Bases, Evolución, Importancia Económica, Política y Cultural, B. Costa-amic editor, Tomo I, México 1972.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al estudio del Derecho, Porrúa, décimo tercera edición, México, 1965.

GONZÁLEZ DÍAZ LOMBARDO, Francisco. El Derecho Social y la Seguridad Social Integral, Textos Universitarios UNAM, México, 1973.

JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Antonio. Lecciones de Derecho Tributario, Thomson, México, 2002.

MARGAIN MANAUTOU, Emilio. Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano, Porrúa, décimo quinta edición, México, 2000.

MORENO PADILLA, Javier. Nueva Ley del Seguro Social, Trillas, vigésima cuarta edición, México, 1999.

MORENO PADILLA, Javier. Régimen Fiscal de la Seguridad Social y SAR, Themis, segunda edición, México, 1994.

MUSSOT L. María Luisa. Alternativas de Reforma de la Seguridad Social, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco, México, 1996.

NARRO ROBLES, José. La Seguridad Social Mexicana en los albores del siglo XXI, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl. Derecho Fiscal, Harla, segunda edición, México, 1986

RODRÍGUEZ TOVAR, José Jesús. Derecho Mexicano de la Seguridad Social Integral, Fondo para la Difusión del Derecho, México, 1989.

RUIZ MORENO, Ángel Guillermo. Nuevo Derecho de la Seguridad Social, Porrúa, quinta edición, México, 2001.

TRUEBA URBINA, Alberto. Nuevo Derecho del Trabajo, Porrúa, México, 1970.

VILLEGAS, Héctor. Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Depalma, quinta edición, Buenos Aires, 1993.

LEGISLACIÓN Y OTRAS FUENTES

Código Fiscal de la Federación. Ediciones Fiscales ISEF, vigésima séptima edición, México, 2003.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ediciones Fiscales ISEF, sexta edición, México, 2003.

Ley del Seguro Social. Ediciones Fiscales ISEF, décimo sexta edición, México, 2002.

Reglamento de afiliación, Ediciones Fiscales ISEF, décimo sexta edición, México, 2002.

Decreto de reformas al artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Promulgado por el Congreso de la Unión el 31 de Agosto de 1929 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de septiembre de 1929.

Decreto que reforma el artículo 131 y adiciona los transitorios undécimo y duodécimo de la Ley del Seguro Social publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995.

CD – ROM Diccionario Jurídico 2000, Desarrollo Jurídico.