

**“ESTUDIO SOBRE LAS FACULTADES DEL CONSEJO TÉCNICO DEL IMSS PARA AUTORIZAR
LA SUBROGACIÓN DEL SERVICIO DE GUARDERÍAS A PARTICULARES”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
CHRISTIAN IGNACIO OCAMPO OJESTO**

**A S E S O R:
LIC. ISABEL SAAVEDRA VEGA**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



Universidad
Latina

UNIVERSIDAD LATINA, S. C.

INCORPORADA A LA UNAM

México, Distrito Federal a 17 de noviembre de 2010

DRA. MARGARITA VELÁZQUEZ GUTIÉRREZ,
C. DIRECTORA GENERAL DE INCORPORACIÓN
Y REVALIDACIÓN DE ESTUDIOS, UNAM.
P R E S E N T E.

El C. **OCAMPO OJESTO CHRISTIAN IGNACIO** ha elaborado la tesis titulada **“ESTUDIO SOBRE LAS FACULTADES DEL CONSEJO TÉCNICO DEL IMSS PARA AUTORIZAR LA SUBROGACIÓN DEL SERVICIO DE GUARDERÍAS A PARTICULARES”**, bajo la dirección de la Lic. Isabel Saavedra Vega, para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos establecidos en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para este tipo de investigación, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para los efectos académicos correspondientes.

Atentamente

LIC. SOFÍA ADRIANA SANTOS JIMÉNEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO, CAMPUS SUR

DEDICATORIA

A mi esposa: Angélica Juárez Martínez por su amor, por su incansable ayuda en este trabajo y sobre todo por estar a mi lado, te amo.

A mi hija: Mariana por ser nuestra razón de vida.

A mis Padres; Ignacio Ocampo Bravo y María Elena Ojesto Sánchez, por estar siempre conmigo, por su amor, los quiero, gracias.

A la licenciada Maricela Martínez Durán: por ser una enseñanza de vida, gracias por todo su apoyo.

y

A mis hermanos: Claudia Elena Hernández Ojesto, Guadalupe Hernández Ojesto, Luis Alberto Hernández Ojesto, Fernando Hernández Ojesto; y Rodolfo Hernández Ojesto, por su protección y ayuda en todo momento, cada uno sabe a que me refiero, los quiero.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO	1
CONCEPTOS GENERALES	1
1.1 Concepto de Derecho y su Clasificación.	1
1.1.1 El Derecho Social.	4
1.1.2. El Derecho Laboral como factor vinculante de la seguridad social	5
1.2 La Seguridad Social.....	7
1.3. El Seguro Social como instrumento de la Seguridad Social.	9
1.3.1. Principios que rigen los seguros sociales en México, y sus características.....	11
1.3.2. Diferencia entre seguro social y seguro privado.	14
1.4. Asistencia Social	16
1.4.1 Principios y características	17
1.4.2 Organización de la Asistencia Social	18
1.4.3 Beneficiarios.....	20
1.4.4 Financiamiento	22
1.4.5 Prestaciones	23
1.5 Beneficencia Pública	28
1.5.1. Fundamentación	30
1.5.2 Principios y características	31
1.5.3 Organización.....	32
1.5.4 Beneficiarios.....	35
1.5.5 Prestaciones	35
1.5.6 Financiamiento	37
1.6 Derecho de la seguridad social.	38
CAPÍTULO SEGUNDO	41
ANTECEDENTES RESPECTO DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN OTROS PAÍSES.....	41
2.1 Origen de la Seguridad Social	41
2.2 La Seguridad Social en México, origen y desarrollo	45
2.2.1 Etapa precolombina	45
2.2.2 La conquista.....	46

2.2.3 El oscurantismo de la Seguridad Social	47
2.2.4 De la Revolución Mexicana a la actualidad	48
2.3 La seguridad social en otros países	56
2.3.1. Alemania y su esquema de Seguridad Social –Soziale Sicherung	57
2.3.2 El sistema de Seguridad Social (Soziale Sicherheit) austriaco.....	61
2.3.3. La Seguridad Social española.....	64
2.3.4 La Seguridad Social en la Unión Europea.....	69
2.3.5 La “protección” de la Seguridad Social en Estados Unidos de América	78
2.3.6 El sistema de Seguridad Social latinoamericano	85
CAPÍTULO TERCERO	91
DEL SEGURO SOCIAL	91
3.1 Organización del Seguro Social en México	91
3.2 Vínculo de aseguramiento	92
3.2.1 Formas de aseguramiento	93
3.2.2. Aseguramiento obligatorio	94
3.2.3. Incorporación voluntaria al régimen obligatorio	96
3.2.4 Continuación voluntaria en el régimen obligatorio	99
3.2.5 Aseguramiento voluntario	101
3.2.6. Derechohabientes.....	103
3.3 De los riesgos que cubre el Seguro Social.....	109
3.4 Financiamiento del Seguro Social	112
3.4.1 Naturaleza jurídica de la obligación	112
3.4.2 Sujetos obligados.....	114
3.4.3 Objeto de la cotización	116
3.4.4 El salario base de cotización.....	116
3.5 De las prestaciones dentro de los seguros sociales mexicanos.....	118
CAPÍTULO CUARTO	120
DEL SEGURO DE GUARDERIAS PRESTADO POR EL INSTITUTO MEXICANO	
DEL SEGURO SOCIAL	120
4. Del Seguro de Guarderías.....	120
4.1 La incursión de la mujer en la vida económica activa.....	120

4.1.1 Efecto del establecimiento de los servicios de guarderías en la participación de la mujer en el mercado de trabajo.....	125
4.1.2 Evolución del derecho laboral de la mujer respecto al servicio de guarderías.....	125
4.2 Concepto de guardería.....	127
4.3 El Seguro de Guarderías en el IMSS.....	127
4.3.1 Sujetos de aseguramiento.....	128
4.3.2 Beneficiarios.....	128
4.3.3 Obligaciones de los trabajadores.....	129
4.3.4 Régimen Financiero.....	130
CAPÍTULO QUINTO.....	142
DE LAS FACULTADES DEL CONSEJO TÉCNICO DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL PARA AUTORIZAR LA SUBROGACIÓN DEL SERVICIO DE GUARDERÍAS A PARTICULARES DISTINTOS A LOS ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS 213 Y 237-A DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.....	142
5.1. De la Subrogación.....	142
5.1.1 La subrogación conforme al Derecho Común.....	142
5.1.2 Concepto de Subrogación.....	143
5.1.3 La Subrogación Convencional.....	143
5.1.4 La Subrogación Legal.....	143
5.1.5 La subrogación de servicios conforme a la Ley del Seguro Social.....	145
5.1.6 La subrogación del servicio de guarderías conforme a la Ley del Seguro Social....	150
5.2 Facultades del Consejo Técnico en Cuanto al Seguro de Guarderías.....	151
5.2.1 Naturaleza Jurídica del Consejo Técnico del IMSS.....	151
5.3 De la Autorización del Consejo Técnico para Subrogar los Servicios de Guarderías.....	160
5.4 De la Facultad de Investigación Ejercida por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los hechos acaecidos en la Guardería ABC del Instituto Mexicano del Seguro Social, en Hermosillo Sonora.....	166
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

La incorporación de la mujer a la vida laboral ha sido el elemento primordial que motiva el surgimiento de las guarderías, esta motivación se ha enriquecido con otros aspectos que han incidido de manera determinante en el desarrollo de las guarderías, ya que con la aparición progresiva de la mujer al trabajo, con la reducción familiar tradicional y la redefinición de roles en ella, han abierto espacio sociológico para poder concebirlas como instituciones educativas.

En el año de 1973, en nuestro país, se dio un paso de enorme importancia y trascendencia en el cumplimiento de la seguridad social, en virtud de incorporar en la Ley del Seguro Social de ese año, el servicio de guarderías infantiles para los hijos de las madres trabajadoras, como parte del régimen obligatorio, cubriendo así la contingencia asegurada que se presenta cuando a los padres a consecuencia del desempeño de su actividad laboral, no les es posible de manera personal ocuparse del cuidado de sus niños pequeños.

No obstante, conforme al citado dispositivo normativo, se advierte que no se prevé la formalización de contratos para la prestación de los servicios de guardería con particulares distintos a los señalados en los artículos 213 y 237-A, del mismo ordenamiento legal; y que resulta de manera fundamental para miles de asegurados y sus hijos en todo el país contar con certidumbre jurídica respecto del marco constitucional, legal y reglamentario que establece las condiciones para que reciban diariamente y de manera ininterrumpida el servicio de guardería contratado por el Instituto, por lo que en este sentido en el presente trabajo se expone un estudio desde la perspectiva jurídica que revela la justificación por la cual el Instituto Mexicano del Seguro Social celebra tales actos, a través de la autorización por parte del Consejo Técnico de este organismo, en virtud de sus facultades.

La presente tesis como se advierte es un estudio por el cual se demuestra la legalidad de la prestación de los servicios de guardería por parte de los particulares en mención, en este sentido el primer capítulo denominado “Conceptos Generales”, contempla concepciones básicas como la definición de Derecho, así como su clasificación, abordando así el Derecho Social hasta encontrarnos con el Derecho de la Seguridad.

El capítulo segundo se encuentra integrado por el contexto histórico de la seguridad social, desde su origen en algunas culturas antiguas a nivel internacional, así como en México desde su etapa precolombina hasta la actualidad, de igual manera se hace alusión a la seguridad social en otros países destacándose el modelo Alemán, el sistema neoliberal Norteamericano, o bien la problemática de la seguridad social en Latinoamérica.

Respecto del capítulo tercero se estudia al seguro social en cuanto a su organización en México, el vínculo existente entre el seguro social con sus derechohabientes, y formas de aseguramiento, para efectos de contextualizarnos en el seguro de guarderías y tener una mayor comprensión del tema.

Conforme al capítulo cuarto se contempla el seguro de guarderías prestado por el IMSS, mencionando como punto trascendental la incursión de la mujer en la vida económica activa como factor principal en cuanto al origen de este seguro, por otro lado se da un concepto de guarderías según la doctrina, y desde luego se expone la prestación de estos servicios conforme a la Ley del Seguro Social.

Por último en el capítulo quinto nombrado “Facultades del Consejo Técnico del IMSS para Autorizar la Subrogación del Servicio de Guarderías a particulares distintos a los

establecidos en los artículos 213 y 237-A de la Ley del Seguro Social”, se aborda la problemática planteada estableciéndose en primer lugar un concepto de subrogación desde la óptica del Derecho común, así como la aplicación de esta figura jurídica con respecto a la prestación de los servicios de guarderías, por otro lado se hace un estudio de la naturaleza jurídica del Consejo Técnico así como de las facultades con las que cuenta para emitir la normatividad correspondiente al Ramo de Guarderías.

CAPÍTULO PRIMERO CONCEPTOS GENERALES

1.1 Concepto de Derecho y su Clasificación.

En cuanto al Concepto de Derecho es de señalarse que en el Derecho Romano se le denominaba: *ius*, que proviene del latín *directum* y es similar en algunos idiomas como el italiano: *diritto*, francés: *droit*, portugués: *direito* y conserva el mismo significado etimológico en otras lenguas como el inglés: *law* y el alemán: *Recht*.

Dentro del contexto del Derecho Romano, Celso define *ius* como el derecho de lo bueno y lo equitativo.¹

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el Derecho es: el conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas en toda sociedad civil, y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza.

Otra de las definiciones proporcionadas por la doctrina es la de Gustav Radbruch, quien establece que el Derecho es: “el conjunto de normas generales y positivas que regulan la vida social”.²

Por su parte Kelsen afirmó que el Derecho es un orden de la conducta humana, que puede ser influido por tendencias políticas haciéndosele coincidir con un ideal específico de justicia, como la democracia y el liberalismo.³

¹ Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín, Primer curso de Derecho Romano, Ed. Pax México, 13ª ed., México, D.F. 1988, p.22.

² Radbruch, Gustav, Introducción a la Filosofía del Derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, 6ª ed., México, 1998, p.47.

³ Kelsen, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, Ed. UNAM, México, 3ª ed., México, D.F. 1997, p. 17.

En cuanto a la ciencia del Derecho Louies Lefur afirma que “es una ciencia normativa, una ciencia que da reglas, que indica lo que debe ser y no lo que necesariamente es”.⁴

Respecto a la clasificación del Derecho podemos referirnos nuevamente a la que nos legaron los romanos. Entre las diversas clasificaciones del Derecho encontramos que Justiniano en sus instituciones divide el estudio del Derecho en público y privado estableciendo: *Jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat*. Donde se estableció *rei romanae* la res pública, la comunidad de intereses que forman esa res pública. Y *Privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*- Derecho Privado es el que se refiere a la utilidad de los particulares, esto es el que reglamenta sus diferentes relaciones y actividades.⁵

En ese sentido Mario de la Cueva dice que: el Derecho Público es “*el que reglamenta la organización y la actividad del estado y demás organismos dotados de poder público, y las relaciones en que participan con ese carácter. El Derecho Privado rige las instituciones y relaciones en que intervienen con carácter de particulares*”.⁶

Eduardo García Maynez en apoyo a lo establecido por Du Pasquier establece que la clasificación generalmente aceptada del Derecho es aquella que lo divide en dos grandes ramas; Público y Privado, derivándose disciplinas jurídicas especiales tales como el Derecho Constitucional, Penal, Administrativo para el Derecho Público, donde además añade el Derecho Laboral y el Derecho Agrario. Al Derecho Privado se subdividen las ramas del Derecho Civil.

Cabe señalar que conforme a la evolución que ha presentado la clasificación del Derecho, se desprende que existen ramas del Derecho que no pueden ser encuadradas ni en el Derecho público, ni en el privado puesto que regulan relaciones entre particulares, pero al mismo tiempo atienden a relaciones de

⁴ Lefur Louies y otros, *Los fines del Derecho*, Ed. Manuales universitarios UNAM, 3ª ed., México, D.F. 1997, p.17.

⁵ Op. cit., Bravo Valdés, Beatriz, p.26.

⁶ De la Cueva, Mario, *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1971.

subordinación. Tal es el caso del Derecho del Trabajo, el Derecho Agrario, el Derecho de la Seguridad Social, entre otras.

Estas disciplinas jurídicas tienen como objetivo el regular la relación de los particulares entre sí, desde diversas actividades y circunstancias, pero al mismo tiempo constituyen disciplinas jurídicas que por ser encaminadas a proteger derechos de la clase social marginada de cada sociedad, requieren de la intervención estatal, quien con cierto paternalismo hace valer. La justicia social bajo el supuesto de la desigualdad de trato jurídico para desiguales de condiciones económicas y por consiguiente culturales.

Es decir, a través de desigualdad jurídica (imposición de multas a patrones sin escrúpulos, sanciones a ejidatarios, etc. y la creación de Instituciones) intenta lograr la igualdad social. Al respecto Radbruch señala: *“La idea del Derecho Social no es simplemente la idea de un Derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mayor. Se trata, en realidad, de una forma estilística del Derecho en General.”*⁷

Es por ello que a estas disciplinas del Derecho les corresponde una nueva rama dentro de la clasificación romana. El Derecho Social como una autónoma, viene a englobar a todas esas disciplinas jurídicas con características comunes, como lo es la solidaridad, en principio no se refiere a todos los individuos en general, sino a los grupos sociales, que por su condición económica, cultural, laboral, etc., constituyen una clase social débil dentro de cualquier sociedad. Sus leyes son protectoras para aminorar la contradicción de intereses que se da entre los diferentes sectores económicos de una población. Como bien lo menciona Radbruch *“La idea central en que el Derecho social se inspira no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de la nivelación de la desigualdades que entre ellas existen; la igualdad deja de ser; así punto de partida del Derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico”*.⁸

⁷ Radbruch, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p.157.

⁸ *Ibidem*, p.162.

1.1.1 El Derecho Social.

Respecto del Derecho Social Mendieta y Nuñez nos proporcionan la siguiente definición: *“El Derecho Social es un Derecho de clases y grupos protegidos frente al Estado, frente a otros grupos y clases, frente a la misma sociedad”*.⁹

Al respecto Tomandl establece que el Derecho Social es cada ámbito del Derecho que se ocupa de cubrir los riesgos de la enfermedad, la maternidad, el desempleo, la edad, la invalidez, los accidentes trabajo, la carga familiar y la muerte del que sostiene la familia, en el marco de la asegurada, previsión o prevención, así como también los diversos procesos instituidos por el Estado o que mínimo son apoyados y controlados por él.¹⁰

De lo anterior se dilucida que el Derecho Social confecciona un marco jurídico para la creación del Derecho de la Seguridad Social, intentando proporcionar con esta rama del Derecho el equilibrio social a través de la seguridad.

Se debe señalar también, que el Derecho Social recoge el conjunto de los llamados derechos sociales, que son garantías constitucionales que se incluyen en la mayoría de las constituciones modernas y que el legislador consagra en contraposición con las garantías individuales, por lo que en ese sentido las garantías individuales en México se encuentran reguladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que los derechos sociales consagrados con tales garantías, implican obligaciones positivas para el Estado, como son el salvaguardar el derecho a la educación, vivienda, alimentación. Sin embargo es dable señalar que tanto los

⁹ Álvarez del Castillo, Enrique, El Derecho Social y los Derechos Sociales Mexicanos, Ed. Porrúa, México, 1982, p. 114.

¹⁰ Traducción personal desde: Tomandl, Theodor; Grundriss des österreichischen Sozialrechts, Austriaverlag, Wien, Austria, 1992, p. 4 Sozialrecht ist jener Rechtsbereich, der sich mit der Deckung des Risikos der Berufskrankheit, der Familienlastn und des Todes im Wege der Versicherung, Versorgung oder Fürsorge befasst, soweit diese auch mischbaren Verfahrensarten vom Staate eingerichtet oder zumindest gefördert und überwacht werden.

derechos individuales como los sociales cuentan con expectativas positivas y negativas hacia el Estado y se encuentran ligados estrechamente, es decir, no tiene sentido concebir el derecho a la vida, si no se tiene derecho a la salud, y a la alimentación, o el derecho a la libertad sin el derecho a la educación, es por ello que aunque sean separados en cuanto a su denominación de garantías individuales y derechos sociales, se entrelazan desde su origen, necesidad de salvaguarda y exigibilidad jurídica.

Las garantías o derechos sociales en México se ubican en los artículos constitucionales 3, 4, 27, 28, y 123.

1.1.2. El Derecho Laboral como factor vinculante de la seguridad social

Se considera necesario para efectos de una mayor comprensión del concepto de la Seguridad Social y en apoyo del método deductivo, hacer alusión al concepto del Derecho del Trabajo, en virtud de los puntos vinculantes entre una disciplina y otra.

En ese sentido De Ferrari nos proporciona la siguiente definición: *“es el Derecho que rige el trabajo humano prestado en estado de subordinación, en virtud de un contrato y mediante el pago de un precio”*.¹¹

El italiano Del Giudice e Izzo afirma: *“el Derecho del Trabajo es el conjunto de normas que regulan la relación de trabajo y que protegen no sólo los intereses económicos, sino también la libertad, la dignidad y la personalidad de los trabajadores”*.¹²

En virtud de lo anterior y tomando en cuenta los perfiles del trabajo como actividad subordinada y remunerada, se puede establecer que dentro del conjunto

¹¹ De Ferrari, Francisco, Derecho del Trabajo, Ed. Buenos Aires, 1996, p. 426

¹² Traducción personal al español desde Giudice del, F., Mariano, F., Izzo, F., Diritto del Lavoro, Ed. Giuridiche Simona, 19ª ed. Napoli, Italia, 2001, p. 7. Il diritto del lavoro è il complesso di norme che disciplinano il rapporto di lavoro e che tutelano oltre che l'interesse economico, anche la libertà, la dignità e la personalità del lavoratore.

normativo del Derecho del Trabajo existen diversos tipos de normas jurídicas entre las que se hallan las normas de derecho privado, las cuales regulan las relaciones desde su origen y hasta su extinción entre los trabajadores y empleadores; las de carácter eminentemente público y son aquellas normas reglamentarias derivadas del Art. 123 constitucional, que imponen obligaciones legales a las partes de la relación laboral; y por último las normas de Derecho Social las cuales imponen obligaciones legales al patrón con objeto de proteger al trabajador y por otra parte conceden derechos a los trabajadores (v. gr. la asociación sindical).

El Derecho del Trabajo si bien surge a la vida jurídica para regular las relaciones entre particulares a consecuencia del trabajo, incluye, como se ha podido observar, un carácter eminentemente social. Originalmente se les concedieron a los trabajadores una serie de derechos que se traducen hasta la fecha en prestaciones como el derecho al seguro social. Un claro ejemplo al respecto lo constituye el derecho de los trabajadores a obtener una pensión al término de su vida laboral o al presentarse la incapacidad laboral permanente a consecuencia de un accidente de trabajo. Estos derechos producto de la actividad legislativa del constituyente de 1917,¹³ quedaron plasmados en el Art. 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dando origen no sólo a derechos laborales directamente en beneficio de los trabajadores consignados en la Ley Federal del Trabajo, sino también constituyen el origen jurídico de los derechos sociales como se pudo observar en el punto anterior y de los cuales emana el Derecho de la Seguridad Social.

El desarrollo de la Seguridad Social abarca tres etapas principalmente, a las cuales he de referirme de manera breve en este apartado para la mejor comprensión de la relación existente entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social.

¹³ *Al respecto cabe señalar, que a Don Ignacio Ramírez “el Nigromante”, perteneciente al Constituyente de 1856-1857, corresponde el mérito de ser el forjador de la idea del Derecho Social, misma que se vio plasmada sesenta años después en el trabajo del Constituyente de 1917. Por lo tanto pertenece a México el honor de ser el país materno de una disciplina jurídica que ha transformado la Ciencia Jurídica.*

La primera etapa se encuentra caracterizada por el surgimiento de asociaciones privadas de beneficencia pública o asistencia social, como las hermandades o mutualidades, que a través de una organización mínima legislativa prestaron el socorro a los menesterosos.

Respecto de la segunda etapa, la caracteriza el nacimiento de los seguros sociales a nivel mundial, donde se organiza a través de una normatividad el financiamiento y el otorgamiento de prestaciones que originalmente dentro de la primera etapa sólo eran ayuda caritativa.

Otra particularidad de esta etapa es que los seguros sociales otorgan en principio su protección únicamente a los trabajadores, cuestión de enlace con el Derecho Laboral, cuyo núcleo regulado son sólo los sujetos de la relación obrero-patronal.

Dentro de la tercera etapa se da la transformación y complementación de las dos anteriores para llevar la protección a todos los miembros de la sociedad contra todos los riesgos sociales e incluso naturales que se pueden presentar a lo largo de la vida de cualquier individuo dentro de una sociedad. El seguro social extiende su núcleo de asegurados a todos los trabajadores tanto subordinados como independientes e inclusive a todos aquellos que desean formar parte de este grupo mediante el régimen de aseguramiento voluntario y las modalidades de seguro como el de los trabajadores rurales o el seguro de salud para la familia.

Como se puede observar el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social siguen vinculados a través del derecho objetivo que tienen los trabajadores al seguro social, siendo éste uno de los principales instrumentos de la Seguridad Social.

1.2 La Seguridad Social.

Es necesario establecer que históricamente la seguridad social se ubicó sólo como una sistematización y coordinación de los seguros sociales, intentando, mediante la extensión de cobertura poblacional lograr dar cumplimiento al principio de universalidad; sin embargo, a inicios del siglo XXI surgen algunas

otras herramientas para alcanzar sus fines y paralelamente los objetivos económicos y sociales se han transformado también.

Al respecto Theodor Tomandl afirma que existe una nueva concepción total de la Seguridad Social, la cual se desarrolló durante la segunda guerra mundial en territorio angloamericano, y además, que se encuentra en una clara contraposición ideológica con el seguro social. Es decir, de manera distinta que en los seguros sociales creados a partir de la lucha de clases, en específico de la lucha obrera, el concepto de Seguridad Social no se limita a ningún grupo social, más allá reconoce que cada individuo en su carácter de miembro de una sociedad humana requiere para el libre desarrollo de su personalidad, de la protección contra todos los riesgos sociales.¹⁴

Las ideas de Tomandl se refuerzan con lo establecido en el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948:

*“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.*¹⁵

La Organización Internacional del Trabajo define a la Seguridad Social como: *“la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.*

¹⁴ Traducción personal desde: Tomandl, Theodor, Grundriss des österreichischen Sozialrechts, 5. Auflage, Manz, Wien 2002, p. 13

¹⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948-1998. En: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm> fecha de consulta: 29 de agosto de 2010

Por lo tanto si la Seguridad Social en un país protege a su población completa en caso de enfermedad o no, y bajo qué parámetros, o si existen normas o instituciones de Seguridad Social es completamente diverso, pero no se debe perder de vista lo reflejado en las definiciones anteriores: que hace muchos años dejó de proteger sólo a los trabajadores subordinados, dependientes de un patrón.

Se considera que la definición más acertada de la Seguridad Social es la que ofrece, Dr. Alberto Briceño Ruiz, quien establece que es: *“el conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, y permite la elevación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural”*,¹⁶ figura que ha sufrido constantes cambios y renovaciones en su desarrollo histórico antes de que su régimen jurídico se convirtiera en lo que actualmente conocemos.

De las aseveraciones expuestas se desprende que el Derecho Social es la base de la Seguridad Social, en donde se conjugan perfectamente los esfuerzos del Estado y los particulares para mediar los derechos de la clase proletaria en su origen y hoy en día su objetivo es alcanzar la protección de la población en general.

1.3. El Seguro Social como instrumento de la Seguridad Social.

El Derecho social es el género, la Seguridad Social es la especie y los seguros sociales son por tanto subespecies. En México el seguro social es el instrumento a través del cual los trabajadores y el Estado unen sus acciones para proteger los derechos de la clase trabajadora en contra de los derechos de la clase empresarial y así posibilitar una mejor calidad de vida.

¹⁶ Briceño Ruiz, Alberto, Derecho Mexicano de los Seguros Sociales, Ed. Harla, 2ª ed., México, 1992, p. 15

El seguro social es un instrumento de la Seguridad Social, es el conocimiento ordenado, sistematizado de dicha disciplina jurídica que le permite establecer su aplicación exacta.¹⁷

Para Gustavo Arce el seguro social es: *“el instrumento del derecho obrero, por el cual una institución pública queda obligada, mediante una cuota o prima que pagan los patrones, los trabajadores y el Estado, o sólo alguno de éstos, a entregar al asegurado o beneficiarios, que deben ser elementos económicamente débiles, una pensión o subsidio, cuando se realicen algunos de los riesgos profesionales o siniestros de carácter social”*.¹⁸

Al respecto Sergio Álvarez señala: *“Los seguros sociales son sistemas de la administración pública, destinados a la protección general del trabajador y su familia, a través de numerosos servicios y prestaciones. Establecidos en una legislación especializada y bajo la cual los representantes del Estado, el capital y el trabajo administran dichos servicios y prestaciones con las aportaciones de los tres sectores”*.¹⁹

La realidad del seguro social depende de la situación económica, demográfica, social y política de cada país. En México, tras la Revolución empezó el crecimiento económico y con él, el del seguro social, cuya administración se ve reducida principalmente a cuatro institutos, que operan a nivel nacional: Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM), Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT) y algunas instituciones estatales

¹⁷ Es indispensable que se contemple al seguro social como un instrumento de la Seguridad Social y no como erróneamente se confunde con el IMSS. Resultados de encuestas realizadas en el año de 1994 para la elaboración de la tesis de licenciatura *“Internacionalización de la Seguridad Social Mexicana”* arrojaron datos sorprendentes: el 60% relaciona el concepto de la Seguridad Social con el seguro social y por ende con el Instituto Mexicano del Seguro Social. Cfr. Mendizábal Bermúdez Gabriela, *Internacionalización de la Seguridad Social Mexicana, Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, UNAM, 1994, p. 167*

¹⁸ Arce Cano, Gustavo, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social, Ed. Porrúa, México, 1972, p. 15*

¹⁹ Sandoval Hernández, Sergio, *op. cit., p. 3489*

como el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales del Estado de Campeche (ISSSTECAM), Instituto de Seguridad Social de los trabajadores del Estado de Chiapas (ISSTECH), Instituto de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado de Yucatán (ISSTEY), Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios (ISSEMYM), ente otros.

Los cuatro seguros sociales nacionales se encuentran constituidos como órganos públicos descentralizados, lo cual se traduce directamente en concentración del poder. Esa variedad de atribuciones trae consigo la gran ventaja de fomentar el desarrollo de las prestaciones del seguro social, ya que tanto la autonomía como la autarquía pueden propiciar la sencillez, agilidad y mejoría del otorgamiento de las prestaciones y por otro lado atender directamente a las necesidades concretas de los derechohabientes. Esto se logra también en principio debido a que no existe la influencia externa. Pero también la desventaja más grande es la concentración de poder en institutos como por ejemplo el Instituto Mexicano del Seguro Social, al cual no se debe dejar de prestar atención, ya que él solo tiene toda la carga prestacional de aseguramiento de todos los trabajadores privados subordinados, así como los asegurados voluntarios y al mismo tiempo administra la gran masa económica derivada de las cotizaciones de los mismos.

1.3.1. Principios que rigen los seguros sociales en México, y sus características.

En relación con este punto la doctrina ha considerado como principios que rigen los seguros sociales en México, los siguientes:

Universalidad:

Este principio que se toma de la Seguridad Social, en cuanto a universalidad subjetiva, cuya figura jurídica se acciona incluyendo a todos los ciudadanos de un Estado, a los residentes del mismo e incluso hasta llegar a la protección de todos los miembros de una sociedad, en el seguro social (este principio) se ve limitado a la universalidad concretizada mediante los trabajadores y más aún restringido a los sujetos que las leyes reglamentarias de los seguros sociales en nuestro país establezcan como asegurados, tales como la Ley del Seguro Social, la Ley del

Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, y/o la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores. Cabe señalar que en lo referente a la universalidad objetiva este principio permanece intacto a los fines que el convenio No. 102 de la OIT de “Norma Mínima” plasmó, puesto que tiende a proteger a los asegurados de todas las necesidades derivadas de los riesgos sociales que se presenten a lo largo de su vida. Si bien es cierto la universalidad objetiva no permanece estática como nos menciona Joaquín Aparicio Tovar: “Esos riesgos sociales (refiriéndose a los que generan necesidades en los individuos identificados según el ideal de cobertura) en su expresión mínima cristalizaron en el Convenio 102 de la OIT, pero no pueden permanecer fosilizados por la sencilla razón de que van apareciendo nuevas necesidades debidas a los cambios en la forma de vivir y hay transformaciones en la sociedad que obligan a una adaptación de los instrumentos utilizados por el Sistema de Seguridad Social”.²⁰ A lo que cabe añadir que esas transformaciones se requieren y se presentan continuamente en los seguros sociales como herramientas de la Seguridad Social, con el fin de estar en posibilidades de enfrentar los nuevos retos que los riesgos sociales modernos representan.

Solidaridad:

La Seguridad Social se establece sobre la base del principio de la solidaridad, proporcionando atención a los individuos que no son capaces de cubrir sus necesidades más básicas por ellos mismos, desafortunadamente los seguros sociales mexicanos pierden cada vez más el principio de la solidaridad al privatizarse, como ejemplo de ello basta con echarle un vistazo al seguro de invalidez y vida o al de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, a través de los cuales se incluyen medidas indispensables para los seguros privados y no así para los sociales, es decir, a mayor número y cantidad de las aportaciones, mayor monto de pensiones, rompiendo con ello el esquema solidario en el que surgieron.

²⁰ Aparicio Tovar, Joaquín, “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el Periodo 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo” en *Revista de Derecho Social* No. 19, Ed. Bombarzo, España, Julio-Septiembre, 2002

Obligatoriedad:

Los seguros sociales mexicanos se basan en el principio de la obligatoriedad puesto que sus asegurados dependen directamente de su relación subordinada de trabajo y en décadas más recientes este nexo se extendió a trabajadores independientes y del campo.

Equidad:

Pese a que los seguros sociales como herramienta de la Seguridad Social se presentan en México como uno de los principales medios para lograr una equidad en la distribución de la riqueza, la realidad es que el mercado marca la pauta y siempre es contrario al principio de equidad, por lo que los seguros sociales se han convertido en un medio para aligerar las cargas económicas ocasionadas por las contingencias que ocasionan al presentarse la reducción de los ingresos del trabajador por: enfermedad, maternidad, invalidez, vejez, retiro, etc.

Respecto de las características con las que cuentan los seguros sociales en México, me permito señalar las siguientes:

Financiación tripartita: Corresponde al Estado, los patrones y los trabajadores deben realizar las aportaciones que permitan crear los instrumentos de servicios y cubrir las prestaciones económicas, que ayuden a la atención de los riesgos de la empresa y que no tienen su origen en la prestación de los servicios. Dicha financiación tripartita se calculará de manera proporcional a la responsabilidad social que como Estado, patrón y trabajador tengan.²¹

Gestión pública: El Estado es el encargado de promover y establecer instituciones que atiendan las contingencias generadas por los riesgos de un servicio. El propio Estado mediante los institutos es el encargado de satisfacer las previsiones sociales que se originen en cualquier grupo de la sociedad.²²

²¹ Cfr. De Buen, Néstor, Seguridad Social, Ed. Porrúa, 2ª ed. México, D.F. 1999, p. 6

²² Cfr. Gustavo, Leal Carolina **Martínez**, Tres momentos de la Seguridad Social:

<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/112/11203403.pdf> fecha de consulta: 25 de agosto de 2010

Exigibilidad jurídica: El otorgamiento de las prestaciones de los seguros sociales a sus derechohabientes se encuentra regulado en las legislaciones propias de cada entidad gestora de los seguros sociales: IMSS, ISSSTE, etc., donde se incluyen apartados que permiten al beneficiario de la prestación exigirlos, con los mecanismos jurídicos que la misma ley le confiere (recursos administrativos: revisión y queja), aunados a los procesos jurídicos que en su caso correspondan: laboral o fiscal.

1.3.2. Diferencia entre seguro social y seguro privado.

El seguro social, es el instrumento más eficaz de la Seguridad Social, con mejor organización, financiamiento y resultados, diferenciándose de la aseguración privada en los siguientes rubros:

- El seguro social es un sistema de aseguración obligatoria. Por otra parte pueden proteger ambos (seguro social y privado) a las mismas personas susceptibles de afectación por los mismos riesgos de la misma forma.
- La relación de aseguramiento depende directamente de la satisfacción de los requisitos necesarios para la prestación de los servicios.

El principal es que debe existir una relación laboral subordinada y ser por ende derechohabiente de algún instituto del seguro social (independientemente de que el empleador cumpla con su obligación derivada de la fracción I del artículo 15 de la Ley del Seguro Social de registrar en un plazo mínimo de 5 días a los trabajadores a su servicio). Aunque la propia Ley del Seguro Social en sus artículos 12 y 13 otorga otras posibilidades para ser beneficiario de los servicios del IMSS.

- El sistema de aseguramiento social proporciona, a través de las cotizaciones obtenidas de una parte proporcional de los ingresos, la protección hasta una medida determinada (quien quiere ser mejor asegurado debe poder permitirse pagar una aseguramiento privado) contra riesgos específicos, prestaciones preestablecidas (la cantidad y calidad de

las prestaciones económicas es independiente del monto de las cotizaciones, a excepción del sistema privatizado de pensiones, donde las prestaciones económicas van directamente ligadas con los ahorros hechos por el trabajador durante su vida laboral y del ahorro voluntario).

- A pesar de que el seguro social fue limitativo de los trabajadores subordinados otorga la posibilidad a los trabajadores independientes de asegurarse, aunque en la realidad la parte principal del financiamiento del seguro social corre por cuenta de la clase obrera (y las cuotas patronales y empresariales correspondientes a la cuota del asegurado obrero). En cambio la aseguración privada está directamente relacionada al poder adquisitivo de las personas, a mayor ingreso, mayor cobertura mediante la contratación de un seguro privado.
- La cobertura del seguro social en México se limita a contingencias relacionadas directamente con los riesgos que origina o repercuten en la relación del trabajo: la salud, la maternidad, la vejez, la invalidez, etc., en cambio los riesgos que aseguran las compañías de seguros privados, primero no son limitativos de las personas, puesto que se pueden asegurar bienes muebles e inmuebles; segundo son específicos, porque la cobertura de un seguro privado es únicamente para los supuestos establecidos en el contrato de seguro, en cambio en el seguro social sin el consentimiento de los asegurados, se puede ampliar la cobertura de las prestaciones o reducirlas en base a una modificación de la ley correspondiente; tercero son personales, porque para asegurar a cada persona se contrata un seguro o se paga una póliza más amplia, mientras que en el seguro social el monto de las cotizaciones de cada asegurado son independientes del número de familiares derechohabientes.
- La finalidad del seguro social es contribuir a los fines de la Seguridad Social, es decir, elevar la calidad de vida de la población, los fines de la aseguración privada son lucrativos, es decir, la protección particular de una sola persona y/o sus familiares contra determinada contingencia bajo el principio meramente lucrativo de las compañías de seguros.

- Los seguros privados se rigen por la legislación mercantil, mientras que los seguros sociales se rigen por la legislación de carácter social, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social.

1.4. Asistencia Social

La asistencia social encuentra su fundamento constitucional en el artículo 4º que nos señala en su párrafo cuarto: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a la que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”*. En este caso, es preciso señalar que de la interpretación de esta fracción se pudo concluir que junto con la Ley del ISSSTE, la Ley del ISSFAM y/o la Ley del Infonavit, podían expedirse otras leyes en materia de protección a la salud, ya que la referencia a *“la ley”*, en el artículo 4º de la Constitución, tiene un sentido genérico y no único.²³ La asistencia social por tanto, cuenta con una estructuración legislativa bastante amplia, contamos con una Ley Federal de la materia *“Ley de Asistencia Social”*, y casi todos los Estados a nivel local legislaron su propia ley estatal o legislación relacionada con la materia; sin embargo, como es costumbre, las entidades federativas ateniéndose a los principios del federalismo, hacen de sus legislaciones copias casi idénticas de la Ley Federal.

Es el artículo 5º de la Ley de Asistencia Social el que nos señala que el Estado será el rector de la asistencia social y privada.

De la definición expresada en la Ley, se desprende rápidamente el carácter de la asistencia social como herramienta del Estado en busca de una Seguridad Social Universal, pues podemos leer de manera textual *“que es un conjunto de acciones tendientes a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social...”*

²³ Brena Sesma Ingrid, Kurcyn Villalobos Patricia, Corzo Sosa Edgar, Comentarios a la iniciativa de la Ley de Asistencia Social, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/el/el13.htm> fecha de consulta: 5 de octubre 2010

...La asistencia social comprende acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación”, desgraciadamente aunque esto signifique un punto a favor del legislador, la asistencia social en nuestro país se encuadra dentro de la Ley General de Salud, claramente el artículo primero de la Ley de Asistencia Social nos señala: “La presente Ley se fundamenta en las disposiciones que en materia de Asistencia Social contiene la Ley General de Salud, para el cumplimiento de la misma, garantizando la concurrencia y colaboración de la Federación, las Entidades Federativas, el Distrito Federal y los sectores social y privado”. Dejando pues el desarrollo, vigilancia y cumplimiento de la asistencia social de manera conjunta a la Secretaría de Salud y al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

1.4.1 Principios y características

Los principios que rigen a la asistencia social son los siguientes:

Solidaridad:

La asistencia social sigue atendiendo a las personas que no son capaces por sí mismas de satisfacer sus necesidades básicas, y para ello organiza programas financiados de las contribuciones de todos los ciudadanos; por lo tanto constituye un mecanismo solidario de redistribución social.

Equidad:

Es decir, se otorgan a cualquier persona sin ningún tipo de discriminación.

Las características de los programas de la asistencia social son:

- Responsabilidad del Estado: Porque se encuentra regulada y financiada por el Estado.
- Adaptabilidad: Esto quiere decir que los programas de asistencia social pueden llevarse a cabo en diversas formas o modalidades.
- Discrecionalidad: Significa que las instituciones determinan de manera unilateral las formas, modalidades y beneficios que otorgan.

- Gratuidad: No existe costo por la ayuda brindada o su costo es muy bajo y ligado a los ingresos del beneficiario, puesto que se dirigen a las familias o personas de la clase económicamente más débil, por lo tanto, es necesario comprobar la situación de los solicitantes a fin de poder brindarle los beneficios que se ofrecen.
- Complejidad: Sus prestaciones no sólo son directas, contempla acciones de previsión y prevención, así como contingencias.

1.4.2 Organización de la Asistencia Social

La asistencia social en nuestro país se encuentra regulada, como se pudo observar anteriormente por la Ley de Asistencia Social de carácter federal, la cual determina en su Art. 2º, que la misma tiene por objeto sentar las bases para la promoción de un Sistema Nacional de Asistencia Social, que comprende acciones de promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación. Asimismo el artículo 6, señala que la prestación de los servicios de asistencia social que sean de jurisdicción federal, se realizará por las dependencias del Ejecutivo Federal competentes, cada una según la esfera de sus atribuciones, así como por las entidades de la administración pública federal y por las instituciones públicas y privadas, que tengan entre sus objetivos la prestación de esos servicios, de conformidad con lo que disponen las leyes respectivas. Al respecto las instituciones encargadas serán las siguientes (Art. 22):

1. La Secretaría de Salud
2. La Secretaría de Desarrollo Social
3. La Secretaría de Educación Pública
4. El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia
5. Los Sistemas Estatales y del Distrito Federal para el Desarrollo Integral de la Familia
6. Los Sistemas Municipales para el Desarrollo Integral de la Familia
7. Las instituciones privadas de asistencia social legalmente constituidas
8. Las Juntas de Asistencia Privada
9. El Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores
10. El Instituto Nacional Indigenista

11. El Instituto Mexicano de la Juventud
12. El Instituto Nacional de las Mujeres
13. Los Centros de Integración Juvenil
14. El Consejo Nacional contra las Adicciones
15. El Consejo Nacional de Fomento Educativo
16. El Consejo Nacional para la Educación y la Vida
17. La Lotería Nacional para la Asistencia Pública
18. Pronósticos para la Asistencia Pública
19. La Beneficencia Pública
20. Las demás entidades y dependencias federales, estatales y municipales, así como los órganos desconcentrados que realicen actividades vinculadas a la asistencia social.

Como se puede observar la mayoría son instituciones públicas y engloba a la beneficencia pública, pero veremos más adelante, porque ésta no pertenece a la asistencia social y tiene características distintas.

Por lo que hace a las instituciones privadas la Ley de Asistencia Social en su artículo 51, las considera de interés público, con los siguientes derechos:

- Forman parte del Directorio Nacional de Instituciones de Asistencia Social;
- Reciben de parte del DIF, la certificación de calidad de los servicios de asistencia social que ofrecen;
- Tienen el derecho de acceder a los recursos públicos destinados a la asistencia social, en los términos y las modalidades fijados por las autoridades y conforme al programa nacional de asistencia social;
- Participan en el diseño, ejecución y evaluación de las políticas públicas en materia de asistencia social;
- Reciben el apoyo y la asesoría técnica y administrativa de las autoridades que lo otorguen;
- Tienen acceso al sistema nacional de información;
- Reciben donativos de personas físicas y morales, nacionales o extranjeras, de acuerdo con las leyes y ordenamientos respectivos; pudiendo el Estado

otorgar estímulos fiscales, para inducir las acciones de la asistencia social de manera privada a través de prestación de servicios de salud;

- Acceden a los beneficios dirigidos a las organizaciones sociales, derivados de los Convenios y Tratados Internacionales, y que guarden relación con las actividades y finalidades de la *asistencia social*; y
- Son respetadas en el ejercicio de sus actividades, estructura y organización interna.

A efectos de coordinar la asistencia social en el país, la Ley contempla al Sistema Nacional para el Desarrollo integral de la Familia (DIF) quien en su carácter de Organismo Público Descentralizado, con patrimonio y personalidad jurídica propios, junto con la Secretaría de Salud son los encargados de vigilar, desarrollar y coadyuvar el cumplimiento de la Ley de la materia. Actualmente se cuenta con un DIF Nacional, 32 DIF estatales y 2,274 DIF municipales.²⁴ Asimismo, la ley contempla la creación de un Directorio Nacional de Instituciones de Asistencia Social con el objeto de dar publicidad a los servicios y apoyos asistenciales que presten las instituciones públicas y privadas. (Art. 56 Ley de Asistencia Social) dicho directorio se encuentra actualmente en Internet en la página del DIF <http://www.dif.gob.mx> y nos muestra que los DIF funcionan escalafonadamente, por lo que en el nivel superior se encuentra el DIF Nacional quien es el rector, asesor, investigador, capacitador, generador de modelos de atención y encargado de la normatividad, los DIF estatales funcionan como coordinadores de las acciones y capacitadores, los DIF municipales son los encargados de la operatividad de los programas, es decir los encargados de hacer llegar a la población las prestaciones de asistencia social.

1.4.3 Beneficiarios

La Ley de Asistencia Social otorga el derecho de recibir las acciones mencionadas en su artículo 3º: “...*promoción, previsión, prevención, protección y rehabilitación*”. A los “...*individuos y familias que por sus condiciones físicas, mentales, jurídicas o sociales, requieran de servicios especializados para su*

²⁴ En <http://www.dif.gob.mx> fecha de consulta: 5 de octubre de 2010

protección y su plena integración al bienestar".²⁵ Y de acuerdo con la misma ley son sujetos de la asistencia social, preferentemente:

1. Todas las niñas, niños y adolescentes, en especial aquellos que se encuentren en situación de riesgo o afectados por:
 - a) Desnutrición
 - b) Deficiencias en su desarrollo físico o mental, o cuando éste sea afectado por condiciones familiares adversas
 - c) Maltrato o abuso
 - d) Abandono, ausencia o irresponsabilidad de progenitores en el cumplimiento y garantía de sus derechos
 - e) Ser víctimas de cualquier tipo de explotación
 - f) Vivir en la calle
 - g) Ser víctimas del tráfico de personas, la pornografía y el comercio sexual
 - h) Trabajar en condiciones que afecten su desarrollo e integridad física y mental
 - i) Infractores y víctimas del delito
 - j) Ser hijos de padres que padezcan enfermedades terminales o en condiciones de extrema pobreza
 - k) Se migrantes y repatriados, y
 - l) Ser víctimas de conflictos armados y de persecución étnica o religiosa.
2. Las mujeres
 - a) En estado de gestación o lactancia y las madres adolescentes
 - b) En situación de maltrato o abandono, y
 - c) En situación de explotación, incluyendo la sexual
3. Indígenas migrantes, desplazados o en situación vulnerable
4. Migrantes
5. Adultos mayores en desamparo, incapacidad, marginación o sujetos de maltrato
6. Personas con algún tipo de discapacidad o necesidades especiales

²⁵ *Artículo 4º Ley de Asistencia Social*

7. Dependientes de personas privadas de su libertad, de enfermos terminales, de alcohólicos o de fármaco dependientes
8. Víctimas de la comisión de delitos
9. Indigentes
10. Alcohólicos y fármaco dependientes
11. Coadyuvar en asistencia a las personas afectadas por desastres naturales
12. Los demás sujetos considerados en otras disposiciones jurídicas aplicables.

1.4.4 Financiamiento

Como se mencionó en párrafos anteriores la asistencia social depende y se desarrolla de manera conjunta entre el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) con carácter de Organismo Público Descentralizado y la Secretaría de Salud; ahora bien, la Ley de Asistencia Social, reconoce el carácter del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia ya mencionado y señala que su patrimonio se encuentra formado por (Art. 30 Ley Asistencia Social):

- Los derechos y bienes muebles e inmuebles que actualmente son de su dominio
- Los subsidios, subvenciones, aportaciones, bienes y demás ingresos que las dependencias y entidades de la administración pública le otorguen
- Las aportaciones, donaciones, legados y demás liberalidades que reciba de personas físicas o morales
- Los rendimientos, recuperaciones, bienes, derechos y demás ingresos que le generen sus inversiones, bienes y operaciones
- Las concesiones, permisos, licencias y autorizaciones que se le otorguen conforme a la ley
- En general, los demás bienes, derechos e ingresos que obtenga por cualquier título

De acuerdo con los datos del presupuesto de egresos de la federación de 2006, el financiamiento del DIF nacional depende del ramo 12 administrativo, es decir, al

ramo de Salud, y se encuentra clasificado como organismo descentralizado bajo la clave NHK Sistema Nacional Para el Desarrollo Integral de la Familia. Por lo que concierne a los DIF estatales, es necesario remitirse al presupuesto del Sistema Nacional DIF, en lo referente a la Asignación y Ejecución del Presupuesto de Egresos, Apartado II.1.2 Entidades Bajo Control Presupuestario Indirecto.

Como se puede observar, la asistencia social se encuentra ligada profundamente al Sector Salud no sólo en la concepción teórica, sino también pragmática y financiera.

1.4.5 Prestaciones

Para poder hablar de las prestaciones de la asistencia social en México, es necesario hacer alusión a la Ley General de Salud, la cual establece en su Art. 168 las siguientes:

1. La atención a personas que, por su carencias socio-económicas o por problemas de invalidez, se vean impedidas para satisfacer sus requerimientos básicos de subsistencia y desarrollo
2. La atención en establecimientos especializados a menores y ancianos en estado de abandono o desamparo e inválidos sin recursos
3. La promoción del bienestar del senescente y el desarrollo de acciones de preparación para la senectud
4. El ejercicio de la tutela de los menores, en los términos de las disposiciones legales aplicables
5. La prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social, especialmente a menores, ancianos e inválidos sin recursos
6. La realización de investigaciones sobre las causas y efectos de los problemas prioritarios de asistencia social
7. La promoción de la participación consciente y organizada de la población con carencias en las acciones de promoción, asistencia y desarrollo social que se lleven a cabo en su propio beneficio

8. El apoyo a la educación y capacitación para el trabajo de personas con carencias socio-económicas, y
9. La prestación de servicios funerarios

La Ley de Asistencia Social, además de los mencionados, agrega los siguientes:

1. La promoción del desarrollo, el mejoramiento y la integración familiar
2. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la representación jurídica y la promoción de su sano desarrollo físico, mental y social
3. El fomento de acciones de paternidad responsable, que propicien la preservación de los derechos de la niñez a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental
4. La colaboración o auxilio a las autoridades laborales competentes en la vigilancia y aplicación de la legislación laboral aplicable a la niñez
5. La atención a niños, niñas y adolescentes en riesgo de fármaco dependencia, fármaco dependientes o susceptibles de incurrir en hábitos y conductas antisociales y delictivas
6. La cooperación con instituciones de procuración e impartición de justicia en la protección de los sujetos susceptibles de recibir servicios de asistencia social
7. La orientación nutricional y la alimentación complementaria a población de escasos recursos y a población de zonas marginadas
8. Coadyuvar con las autoridades educativas en la prestación de servicios de educación especial, con base en lo estipulado en el Art. 41 de la Ley General de Educación
9. El apoyo a mujeres en períodos de gestación o lactancia, con especial atención a las adolescentes en situación de vulnerabilidad
10. La prevención al desamparo o abandono y la protección a los sujetos que lo padecen
11. La prevención de invalidez y la rehabilitación e integración a la vida productiva o activa de personas con algún tipo de discapacidad
12. La promoción de acciones y de la participación social para el mejoramiento comunitario

Estas prestaciones pueden ser otorgadas por instituciones privadas o públicas, con la salvedad de las específicamente señaladas para otorgarse por las públicas no podrán ser otorgadas por las privadas (Art. 13 LAS), teniendo así que el DIF otorga las siguientes:

Adopción:

El DIF es el encargado de la resolución de solicitudes de adopción de personas nacionales y extranjeras, con la finalidad de lograr la pronta y adecuada integración de niños albergados en los centros asistenciales DIF.

Albergues 0-6 años:

Son albergues que otorgan alimentación, vestido, cuidado y educación a niños entre las edades de 0 a 6 años, concentrados en cuatro centros en el Distrito Federal.

Campamentos recreativos:

El DIF cuenta con campamentos recreativos para menores de 8 a 12 años, donde se brindan espacios para el esparcimiento, la recreación, el deporte y la cultura sin costo alguno, proporcionando hospedaje en siete centros de la República Mexicana.

Centros Asistenciales de Desarrollo Infantil (CADI):

Los centros asistenciales de desarrollo infantil son una alternativa en el cuidado y protección para niñas y niños de 45 días de nacidos hasta los 5 años 11 meses de edad.

Centros de Asistencia Infantil Comunitarios (CAIC):

El DIF promueve la promoción de la participación familiar y comunitaria mediante estos espacios de protección para las niñas y los niños.

Cocinas Populares y Unidades de Servicios Integrales:

La Asistencia Social alimentaria se ofrece mediante estos centros de alimentación.

Programa Integrado de Asistencia Social Alimentaria (PIASA):

Mediante este programa se proporciona asistencia alimentaria a menores de edad de clases desprotegidas.

Programas de urgencia:

A través del Sistema de cooperación red-33 el DIF brinda atención en situaciones de urgencia, derivadas de desastres naturales y no naturales.

Procuración de la defensa del menor y la familia:

El DIF brinda asistencia jurídica y social en derecho familiar, entendida como apoyo, orientación y patrocinio jurídico.

Derechos de la niñez:

El DIF promueve los derechos de la niñez, con la finalidad de contribuir a cimentar una cultura nacional de respeto, salvaguarda y tolerancia hacia la población infantil.

Programa “De la Calle a la Vida”:

Contribución del DIF que tiene como fin dar solución y atención integral, a la problemática de las niñas, los niños y los jóvenes de la calle.

Promoción del desarrollo familiar y comunitario:

Basándose en la Ley Nacional de Asistencia Social, en su artículo 15 fracción II el DIF lleva a cabo acciones orientadas a apoyar el desarrollo de la familia y de la comunidad.

Explotación sexual comercial infantil:

Prevención y atención del fenómeno de la explotación sexual comercial infantil, con acciones integrales y a través de la coordinación interinstitucional.

Maltrato infantil:

El DIF atiende y denuncia las agresiones que los adultos descargan sobre los menores.

Menores migrantes y fronterizos:

Se otorga atención a menores migrantes y fronterizos.

Riesgos psicosociales:

Con la finalidad de prevenir riesgos psicosociales el DIF apoya y capacita a las niñas, niños, adolescentes, familias y comunidades en el desarrollo de habilidades y actitudes que les permitan tener mayor capacidad de respuesta autogestiva.

Atención a la salud del niño y de la niña:

El DIF promueve y orienta acciones tendientes a preservar y mejorar el estado de salud y bienestar de las niñas y niños.

Prestación de servicios de asistencia social:

Se brinda apoyo a las procuradurías de la defensa del menor y la familia de los Estados, así como a instituciones públicas y privadas que proporcionen servicios asistenciales a población vulnerable.

Trabajo infantil urbano marginal:

Se promueve la prevención, atención, desaliento y erradicación del trabajo infantil urbano marginal a través de la participación de dependencias y entidades.

Atención de la violencia familiar:

El DIF lleva a cabo la promoción de actividades educativas y de capacitación, a diversos sectores de la población, a fin de sensibilizarlos en aspectos de violencia familiar.

Como se puede observar, las prestaciones que se otorgan en México mediante la asistencia social son por un lado residuales, es decir, se otorgan a la población que no cuenta con aseguración social, así como complementarias, puesto que se otorgan no sólo en el área de salud y protección a los medios de subsistencia, sino que se otorgan prestaciones que contribuyan al desarrollo de las personas en estado de necesidad.

1.5 Beneficencia Pública

Beneficencia es una palabra que proviene del latín *beneficentia*, y se refiere a la virtud de hacer el bien.²⁶ Por su parte la palabra pública, proviene del latín *publicus*, en una de acepciones se refiere al conjunto de las personas que participan de las mismas aficiones o con preferencia concurren a determinado lugar para asistir a un espectáculo o con otro fin semejante. Así pues y como se han venido desarrollando las distintas definiciones, podemos decir que la beneficencia pública son las actividades del Estado y los particulares

²⁶ Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, *Océano Grupo Editorial. Barcelona España, p. 129*

encaminadas a socorrer de manera altruista y voluntaria a las personas que no son capaces de cubrir sus necesidades elementales.

La beneficencia pública cobra hoy en día nuevamente una importancia vital dentro de la red de Seguridad Social, puesto que la carga que impone al Estado, no le fue posible soportarla ni al Estado Benefactor, por lo que la actividad organizada de los particulares demuestra con hechos los resultados de estudios desarrollados por la ONU afirman que las organizaciones no gubernamentales coadyuvan al desarrollo y solución de problemas sociales referentes a temas como el medio ambiente, salud, educación, alimentación, etc., y en algunos rubros vitales como la alimentación se sabe que 1/3 del hambre del mundo está resuelta gracias a las ONG's.²⁷

Los programas de la beneficencia pública son variados, pero todos tienen en común abatir la miseria, la indigencia y en general las condiciones de extrema pobreza.

La beneficencia pública es considerada como una forma de protección social con características que la permitan definir como una herramienta del Estado, distinta de la asistencia social o de una actividad de los particulares en su afán de ser considerados como virtuosos en hacer el bien. Al respecto Sergio Sandoval señala: "III. La beneficencia es una forma de protección social tan antigua como la humanidad y que aún tiene múltiples manifestaciones en la sociedad contemporánea. Precedió a otras formas de protección como la asistencia, la cofradía, la mutualidad, la previsión social y el seguro social.

...IV. A nivel mundial, las instituciones de beneficencia atienden a innumerables grupos marginados, bien sea a través de servicios de carácter internacional, nacional, regional o local. De un perfil de "obras de caridad" se ha pasado a un

²⁷ Escudero de Paz, Ángel, Conferencia relativa a la ONU, UAEM, Morelos, México, noviembre, 2001.

nuevo concepto de instituciones indispensables para el desarrollo de la comunidad, bajo un enfoque de justicia y desarrollo social”.²⁸

Otro de los problemas que entraña la definición de este concepto es la confusión del término beneficencia pública con la asistencia social. Al respecto en la Enciclopedia Jurídica Mexicana tenemos que: *“Frecuentemente los autores se confunden con los términos de previsión social, seguro social, o seguridad social, lo cual es inexacto, a pesar de que tengan elementos comunes. En el caso de la beneficencia, la institución que ofrece los servicios determina unilateralmente las características de las prestaciones y servicios que proporcionará sin que el beneficiario pueda hacerlas exigibles como una contraprestación...”*²⁹

*En este sentido tenemos que una vez analizadas las opiniones anteriores podemos definir a la beneficencia pública como: **La actividad del Estado o de los particulares que tiene por objeto auxiliar de manera altruista, a las personas que se encuentren en ausencia de elementos básicos para sobrevivir.***

1.5.1. Fundamentación

Con la Constitución de 1917 la beneficencia adquirió su fundamento legal actual, pues fue contemplado en el Art. 27. Para 1937 la beneficencia pública se hallaba ligada a la entonces existente Dirección de Asistencia Social y por medio del Acuerdo Presidencial del 26 de marzo de 1947, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo del mismo año, la entonces Secretaría de Salubridad y Asistencia, hoy Secretaría de Salud, recibe la facultad para administrar el Patrimonio de la Beneficencia Pública. Creado para ello la Unidad Administrativa para la Administración de la Beneficencia Pública.³⁰

²⁸ Sandoval Hernández, Sergio, Beneficencia, *Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa, 2ª ed., 2004, Tomo I, p. 521*

²⁹ Ibidem, p. 522

³⁰ *Manual de Organización Específico de la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública en: <http://www.salud.gob.mx> fecha de consulta: 5 de octubre de 2010*

La beneficencia pública en México se encuentra fundamentada a nivel Constitucional en el artículo 27 Fracción II que a la letra nos dice: “III. Las instituciones de beneficencia, pública y privada, que tengan por objeto el auxilio de los necesitados, la investigación científica, la difusión de la enseñanza, la ayuda recíproca de los asociados, o cualquier otro objeto lícito. No podrán adquirir más bienes raíces que los indispensables para su objeto, inmediata o directamente destinados a el, con sujeción a lo que determine la ley reglamentaria”. Por lo que la Secretaría de Salud, mediante el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de septiembre de 1990, donde se autoriza a ésta, a enajenar los bienes del Patrimonio de la Beneficencia Pública que no sean de utilidad para el cumplimiento de sus fines.

1.5.2 Principios y características

De acuerdo con las ideas aceptadas por la mayoría de los doctrinarios³¹ los principios que rigen la beneficencia pública son los siguientes:

Universalidad: Se extiende a cualquier persona sin ningún tipo de discriminación.

Equidad: Es decir se otorgan a cualquier persona sin ningún tipo de discriminación.

Solidaridad: Es el principio motor de la beneficencia, ya que atiende a las personas que sin la ayuda fraterna de los demás, no podrían sobrevivir o por lo menos no se les dignificará su existencia.

Y sus principales características son:

Adaptabilidad: Esto quiere decir que la ayuda que se brinda, su manera de distribuirse y el funcionamiento de los programas de beneficencia pueden llevarse a cabo en diversas formas o modalidades.

³¹ *Boletín informativo, de la Dirección General del Archivo Histórico y Memoria Legislativa Año IV, No. 31, Mayo-Junio, 2004*

Discrecionalidad: Significa que las instituciones determinan de manera unilateral las formas, modalidades y beneficios que otorgan.

Gratuidad: No existe costo por la ayuda brindada o su costo es muy bajo.

Precariedad: La beneficencia atiende las consecuencias de las contingencias, su labor no contempla previsión, ni prevención.

Residualidad: Con la evolución y crecimiento del campo de acción de los sistemas de protección social, el campo de acción de la beneficencia se reduce.

Simplicidad: Por ser una forma directa de protección.

Transitoriedad: Sirve como base que evoluciona a sistemas más avanzados de protección social, es decir, sus prestaciones son la base para acceder a otros.

1.5.3 Organización

La Secretaría de Salud es por decreto³² la autorizada para enajenar los bienes de la beneficencia, en este sentido creó un órgano desconcentrado llamado “Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública” quien cuenta con presupuesto y patrimonio propio para realizar sus funciones. De conformidad con el artículo 39 del Reglamento Interior de la Secretaría de Salud, este órgano desconcentrado cuenta con las siguientes facultades y atribuciones:

- Ejercer los derechos que confieran las leyes, reglamentos, decretos y acuerdos a favor de la beneficencia pública y las facultades reconocidas y otorgadas a la Secretaría por el Ejecutivo Federal en relación con la misma.
- Representar los intereses de la beneficencia pública en toda clase de juicios y procedimientos, con todas las facultades generales y aquellas que

³² Véase Diario Oficial de la Federación el 28 de septiembre de 1990

conforme a la Ley requieran cláusula especial. Dicha representación podrá ejercerla el Director Jurídico y Patrimonio Inmobiliario del Órgano.

- Intervenir en los juicios sucesorios en términos de lo dispuesto por los ordenamientos legales aplicables. El Director General del órgano podrá autorizar mediante oficio a otros servidores públicos para que intervengan en dichos juicios.
- Celebrar los contratos de fideicomiso, arrendamiento y comodato en que la beneficencia pública sea parte. La facultad de celebrar contratos de fideicomiso y arrendamiento también podrá ejercerla el Director Jurídico y Patrimonio Inmobiliario del Órgano.
- Coadyuvar al logro del fin de los fideicomisos en los que participa la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública.
- Administrar el Patrimonio de la Beneficencia Pública, así como los subsidios, aportaciones, subvenciones, bienes y demás recursos que el gobierno federal, los Gobiernos de las Entidades Federativas y las Entidades Paraestatales otorguen o destinen a ésta.
- Administrar los bienes, derechos y recursos que obtenga la beneficencia pública por cualquier título legal; así como los rendimientos, utilidades, intereses, recuperaciones y demás ingresos que se generen por las inversiones y operaciones que realice.
- Promover y gestionar la enajenación de bienes pertenecientes a la beneficencia pública, que no sean necesarios para el cumplimiento de sus fines.
- Distribuir a programas de salud, de acuerdo con las políticas que para el efecto emita el Consejo Interno del Órgano Desconcentrado, los recursos patrimoniales de la beneficencia pública.
- Establecer los mecanismos y políticas para la aplicación y distribución de los recursos pertenecientes a la Beneficencia Pública, atendiendo a los objetivos y programas prioritarios de la Secretaría de Salud.
- Promover, en coordinación con las unidades administrativas competentes, la regularización de la propiedad y posesión de los bienes inmuebles pertenecientes a la beneficencia pública.
- Asesorar a las Entidades Federativas que lo soliciten, en la constitución y organización administrativa de sus respectivas Instituciones encargadas de

la Administración de la Beneficencia Pública, así como coordinarse con éstas en la ejecución de programas sobre la materia.

- Promover y asignar de acuerdo al presupuesto autorizado, los recursos presupuestales disponibles para apoyos y subsidios específicos a instituciones del sector social, público y privado en el campo de la salud o que tengan por objeto la investigación científica, la enseñanza o cualquier acción de las que integran la asistencia social.
- Participar en el Órgano de Gobierno de Pronósticos para la Asistencia Pública, así como en los de otras instituciones similares, por acuerdo del Secretario.
- Regular y dar seguimiento al Sistema de Cuotas de Recuperación de la Secretaría de Salud.
- Apoyar la ejecución de los programas a cargo de las Unidades Administrativas de la Secretaría, de acuerdo con las disposiciones aplicables y en coordinación con la Dirección General de Programación, Organización y Presupuesto.
- Elaborar los informes financieros y el avance de metas y someterlos a la autorización del Consejo Interno del órgano.

Pero la Ley también incluye a asociaciones privadas y civiles que coadyuvan con la beneficencia, dichas asociaciones u organizaciones reciben por parte del órgano administrador del patrimonio de la beneficencia pública apoyos y prestaciones específicas de acuerdo con las Estrategias y Líneas del Programa Nacional de Salud. Ahora bien, por su parte el Consejo Nacional de Salud, presidido por el Secretario de Salud, en su tercera reunión ordinaria en abril de 1995, decidió promover la creación del patrimonio de beneficencia pública estatal, esto mediante la coordinación de la Dirección General de la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública, con los Estados a fin de promover el apoyo y la canalización de los apoyos a organizaciones civiles y de personas físicas de escasos recursos. A la fecha los Estados que han instalado unidades de patrimonio de beneficencia pública estatal son: Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Durango, Hidalgo, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco,

Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.³³ Haciendo mención especial que en Puebla se cuenta con un instituto denominado Instituto para la Asistencia Pública del Estado de Puebla (IAPEP). Hidalgo cuenta con una Unidad denominada Administración del Patrimonio Social de los Servicios de Salud de Hidalgo y en Michoacán se trabaja directamente con los Servicios de Salud del Estado.

1.5.4 Beneficiarios

Como ya se mencionó, en la Ley de Asistencia Social la beneficencia está incluida en la asistencia social de nuestro país, por tanto los sujetos que teóricamente son los sujetos receptores serían los mismos que los mencionados en el apartado de asistencia social. Pero de acuerdo con la información del Manual de la Administración del Patrimonio de la beneficencia pública expedido en abril de 2005,³⁴ los sujetos que reciben la ayuda de la beneficencia pública son las personas en situación de pobreza carentes de Seguridad Social. Definición que desde el punto de vista teórico nos confunde, pero entendiendo que la Seguridad Social en nuestro país ha sido manejado como sinónimo de seguros sociales y atención a la salud, se entiende que se utilice “carentes de Seguridad Social”, pues los sujetos de la beneficencia pública son aquellas personas que además de la pobreza, no se encuentren asegurados bajo algunos de los seguros sociales existentes. Por parte del órgano “Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública” en su página de Internet menciona que parte de las personas sin Seguridad Social, son sujetos de sus prestaciones las Organizaciones de la Sociedad Civil que desarrollan proyectos de atención en materia de salud. Y las Organizaciones de la Sociedad Civil sin fines de lucro que desarrollen acciones en materia de salud, acordes a las Estrategias y Líneas del Programa Nacional de Salud vigente.³⁵

1.5.5 Prestaciones

³³ *Beneficencias estatales: En <http://www.salud.gob.mx> fecha de consulta: 5 de octubre de 2010*

³⁴ *MISIÓN Y VISIÓN, Manual de la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública expedido en abril de 2005, Secretaría de Salud, p. 28*

³⁵ *Sujetos. En: <http://www.salud.gob.mx> fecha de consulta: 10 de octubre de 2010*

Las prestaciones que otorga la beneficencia pública se dividen en dos grupos de receptores: las personas físicas y las morales:

A las personas físicas se les otorgarán directamente:

- Andaderas, aparatos y bastones ortopédicos
- Auxiliares auditivos
- Cama hospitalaria con colchón
- Carreola para parálisis cerebral
- Cateter varios tipos
- Concentrador de oxígeno
- Corset ortopédico
- Expansos tisular
- Férulas
- Fijadores externos
- Lente intraocular
- Lentes con armazón y estuche
- Marcapasos
- Material para fijación ósea
- Muletas auxiliares
- Nebulizador
- Oxigenador con equipo
- Prendas para quemaduras
- Prótesis de cadera, de miembros inferiores y de miembros superiores
- Prótesis de rodilla
- Sillas de rueda estándar, para parálisis cerebral y con cómodo
- Tubo valvulado
- Válvulas aórticas, mitral y para hidrocefalia
- Zapatos ortopédicos.³⁶

Derivado de las mencionadas prestaciones otorgadas se puede observar que las prestaciones son sólo en especie para las personas físicas, característica que es importante mencionar, pues mientras que en todo el sistema de asistencia social,

³⁶ Idem.

las personas físicas solo reciben este tipo de ayuda (prestaciones en especie) y el financiamiento se otorga sólo a instituciones u organizaciones civiles sin fines de lucro. En este caso la beneficencia la otorga a las personas físicas a través de aparatos necesarios para la rehabilitación o tendientes a mejora alguna capacidad de una persona discapacitada.

De igual forma, la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública, apoya a Organizaciones Civiles sin fines de lucro mediante apoyos financieros para proyectos de alto impacto en materia de salud. Los montos que se otorgan ascienden hasta los \$500,000 (Quinientos mil pesos 00/100 M.N). Y se otorgan a las sociedades civiles sin fines de lucro que cumplan con los requisitos establecidos para el otorgamiento de los apoyos. De acuerdo con datos de la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública, durante el 2005, se beneficiaron con estos apoyos a 415,956 personas físicas, a través de 58 proyectos que realizaron las sociedades civiles sin fines de lucro.³⁷

1.5.6 Financiamiento

La beneficencia pública en nuestro país se encuentra incluida en el sector salud, específicamente en la Secretaría de Salud, mediante su órgano desconcentrado Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública, y su financiamiento se localiza en el Presupuesto de Egresos de la Federación, ramo 12, Sector Salud, órganos desconcentrados, E00 Administración de la Beneficencia Pública.

Este presupuesto asignado se amplía por diferentes conceptos, uno de los complementos más fuertes y que aporta la mayoría de los fondos a la Beneficencia Pública es la Lotería Nacional y Pronósticos para la Asistencia Pública. Estas aportaciones tienen su fundamento en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal que a la letra nos dice:

³⁷ Apoyo a Organizaciones Sociales Civiles. En <http://www.salud.gob.mx> fecha de consulta: 5 de octubre 2010

“Artículo 39.- A la Secretaría de Salud corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

...

III. Aplicar a la Asistencia Pública los fondos que le proporcionen la Lotería Nacional y los Pronósticos para la Asistencia Pública; y administrar el patrimonio de la Beneficencia Pública en el Distrito Federal, en los términos de las disposiciones legales aplicables, a fin de apoyar los programas de servicios de salud”.

Por su parte la Ley Orgánica de la Lotería Nacional para la Asistencia Pública en su artículo 2º nos dice: *“El objeto del Organismo es apoyar económicamente las actividades a cargo del Ejecutivo Federal en el campo de la asistencia pública, destinado a ese fin los recursos que obtenga mediante la celebración de sorteos con premios en efectivo.*

Dichos recursos, una vez deducidos el monto de los premios, los reintegros y los gastos de administración, así como el importe que se asignen para formar e incrementar las reservas y las garantías a las que se refiere esta Ley, serán enterados a la Tesorería de la Federación para el cumplimiento de su destino específico”.

Tratándose de Pronósticos para la Asistencia Pública, su decreto de formación nos menciona que el objeto y fin de Pronósticos para la Asistencia Pública será la obtención de recursos destinados a la asistencia pública.³⁸

También es importante mencionar que el patrimonio y financiamiento de la beneficencia pública, se ve beneficiado por el Derecho Civil, pues la legislación de esta materia señala que en los casos de los juicios sucesorios la beneficencia pública tiene derecho a heredar.

1.6 Derecho de la seguridad social.

³⁸ *Artículo Segundo, Decreto de Creación de Pronósticos para la Asistencia Pública. En <http://www.pronosticos.gob.mx> fecha de consulta: 5 de agosto de 2010*

El Derecho de la seguridad social ha sido conceptualizado como el conjunto de normas jurídicas que tienden a proteger a todos los elementos de la sociedad contra cualquier riesgo social, profesional o natural, cuya finalidad es elevar la calidad de vida de cada uno de los integrantes de la sociedad.³⁹

El Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno lo define de la siguiente manera:

“Conjunto de normas legales y disposiciones reglamentarias de ellas emanadas, que al través de entes públicos ex profeso creados para ello por el Estado, se propone proteger a los sujetos previstos por el legislador en contra de contingencias sociales previamente establecidas, mediante el otorgamiento de prestaciones en dinero pensiones, subsidios o ayudas-, y en especie –servicios médico quirúrgicos, farmacéuticos, hospitalarios, prestaciones sociales, etc.- que le resultan obligatorias a los Institutos asegurados nacionales una vez que se hayan satisfecho los requisitos exigidos para cada caso particular y que por ende pueden ser incluso exigidos por los receptores del servicio público ante los tribunales jurisdiccionales prestaciones que coadyuvaron a satisfacer necesidades de salud y de bienestar social, así como de índole económico, para alcanzar una existencia más digna y más humana”.

De lo anterior, se desprende que el Derecho de la seguridad social contempla una serie de elementos tales como:

- Un conjunto de normas jurídicas, las cuales provienen de diversos campos del derecho privado y que constituyen instituciones, organismos de carácter propiamente de derecho público, aunadas a las normas proteccionistas de carácter social;
- Una finalidad, es decir el objeto a seguir de dichas normas e instituciones, el cual lo encontramos en la protección y la satisfacción de necesidades (atención médica, accidentes de trabajo, envejecimiento, etc);

³⁹ Gabriela Mendizábal Bermudez, La Seguridad Social en México, Ed Porrúa, México 2005, p.59.

- El núcleo protegido por las normas y en éste caso es toda la población, es decir no es limitativo de un grupo o estrato social; y
- Los actores del Derecho de la Seguridad Social, son el Estado a través de sus Instituciones y los particulares de manera conjunta con la red social de seguridad social.

En virtud de lo anterior se arroja el concepto ofrecido por Gabriela Mendizábal Bermúdez señalando que el Derecho de la Seguridad Social *“es el conjunto de normas jurídicas de carácter privado, público y social, accionada de manera conjunta por el Estado y los particulares, cuya finalidad es elevar la calidad de vida de toda la población, mediante la protección contra riesgos y contingencias sociales, profesionales y naturales y la satisfacción de necesidades elementales”*.⁴⁰

⁴⁰ Gabriela Mendizábal Bermudez, La Seguridad Social en México, Ed Porrúa, México 2005, p.60

CAPÍTULO SEGUNDO

ANTECEDENTES RESPECTO DEL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA SEGURIDAD SOCIAL EN OTROS PAÍSES.

2.1 Origen de la Seguridad Social

La Seguridad Social apareció en el mundo occidental a partir de la Social Security Act de 14 de agosto de 1936, promulgada por el presidente Franklin D. Roosevelt, y como nos comenta Ricardo Nugent: *“Esta fue la primera ley que consideró a la Seguridad Social como sistema de concepción integral, utilizando todas las instituciones destinadas a lograr ese propósito”*.⁴¹

No obstante lo anterior en las culturas antiguas, se dieron dotes respecto de la seguridad de conformidad con lo siguiente:

En Egipto como nos refiere Ricardo Nugent:⁴² *“se crearon las instituciones de defensa y de ayuda mutua, que prestaban auxilio en caso de enfermedad, como el servicio de salud pública financiado con un impuesto especial”*.

Por su parte en Babilonia se obligaba a los dueños de los esclavos y en Grecia la comunidad apoyaba para cubrir las necesidades básicas de los discapacitados y la educación de los hijos de padres fallecidos en guerras.

En Roma surgieron los *collegia corpora officie* que eran asociaciones de artesanos con propósitos mutuales, religiosos y de asistencia a los colegiados y a sus familiares, que asumían la obligación de atender a sus funerales.⁴³

En la Edad Media avanzada nos refiere Tomandl⁴⁴ la ayuda proveniente de la iglesia fue diversa a través de obras de caridad y en las ciudades se desarrollaron

¹ De Buen Lozano, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio Coord., Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. AIADTSS y UNAM, México, 1997, p. 612

⁴² De Buen Lozano, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio Coord., op. cit., p. 604.

⁴³ Idem.

en los talleres por los “*Maestros artesanos*” asociaciones de ayuda a sus agremiados: formas de asociación voluntaria que se analizarán en el siguiente punto.

Cabe señalar que bajo el contexto de la seguridad social, la Revolución Industrial como cambio profundo y rápido en la vida económica que se verificó en Europa a partir de 1780 en Inglaterra propagándose a Bélgica, Italia, Alemania, Rusia y demás países posteriormente, se distinguió por el rápido aumento de la capacidad productiva gracias a la introducción en los procesos de elaboración de técnicas más perfeccionadas y eficientes (el maquinismo)⁴⁵ dando origen a la producción centralizada y con él al trabajo de fábrica, lo cual produjo cambios en todos los aspectos de la vida, incluyendo el social toda vez que en éste se distorsiona el núcleo familiar al deber formar parte todos los miembros posibles de la familia del sostén económico de la misma, los salarios precarios obligaban incluso a que los niños fueran obreros en las fábricas.

El sistema de producción industrial desemboca en la economía capitalista y en esta etapa diversas causas como los accidentes de trabajo, producto de la falta de preparación técnica y lo rudimentario de las máquinas, las nuevas enfermedades, producto de las extenuantes jornadas laborales en condiciones pésimas de trabajo (insalubres e inseguras en general), la emigración del campo a los centros urbanos y la causa casi irónica de la sobreproducción que da origen a paro masivo del sistema de producción cerrando fábricas y dejando sin medio de subsistencia a miles de obreros, demuestran que los medios de protección hasta ahora conocidos, tales como los gremios, son completamente ineficaces frente a riesgos de tan grandes magnitudes.

Es por ello que en ese proceso de desarrollo surgen otras formas voluntarias de protección como las mutualidades obreras, cofradías, hermandades, sociedades

⁴⁴ Tomandl, Theodor, Grundriss des österreichischen Sozialrechts, Ed. Manz, 5a ed., Austria, Wien, 2002, p. 5

⁴⁵ El maquinismo se inició con la invención de la primera máquina de vapor en 1769 por Watt.

de socorros mutuos y cajas de ahorro ya que el Estado limita su papel a la beneficencia pública.

- a) Las hermandades provenían de los gremios de la edad media, eran de inclusión obligatoria para los artesanos de un determinado sector y estaban tutelados por la iglesia, se encargaban mediante contribuciones colectivas de auxiliar a sus miembros en estado de necesidad, pero dado que los fondos no eran suficientes para solventar los gastos de las necesidades, resultaron ineficientes. En la misma época los montepíos estaban financiados por el Estado.

- b) Con referencia al mutualismo obrero se puede afirmar que es el sustituto natural de la solidaridad gremial, los obreros crean las llamadas “*Sociedades de Socorros Mutuos*”, con bases extraídas de las organizaciones gremiales, es decir, se caracterizan por la distinción de sus miembros en base a su profesión y son locales al igual que los gremios. El mutualismo es la manifestación corpórea de la lucha de los obreros en contra del capitalismo. Cabe también señalar, que de ellos nacen con posterioridad los sindicatos.⁴⁶ Las principales características del mutualismo son las siguientes:
 - Carácter voluntario de afiliación

 - Aportaciones de sus asociados indispensables para tener derecho a las “*prestaciones*”

 - Pluralidad de sujetos pero de carácter restringido por razón de la actividad profesional

 - Hay una comunidad de intereses, puesto que el ejercicio de la misma profesión les vincula a los mismos riesgos profesionales

⁴⁶ Cfr. Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, La Seguridad Social en España, *Colección Divulgación Jurídica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1999

- Es un contrato plurilateral
 - Se financia mediante un reparto de las cargas
 - Hay una gestión colectiva de los fondos
 - Protege situaciones de necesidad concretas en cuantías prefijadas
- c) El seguro privado es un contrato privado mediante el cual se asegura un riesgo que puede producirse en el futuro, de manera voluntaria general, para cubrir riesgos de personas o de cosas, mediante riesgo asegurado en la póliza mediante el ingreso de unas primas, con ánimo de lucro, y diluyendo los riesgos en un colectivo lo más amplio posible para la empresa aseguradora.⁴⁷ El aseguramiento privado no forma parte de las medidas de protección sociales porque no da respuesta a todos los riesgos a los que está sujeto un individuo, sino sólo a los que se establecen dentro del contrato de seguro, por tal motivo aunque la aseguración privada se volviera obligatoria no correspondería, ni ha correspondido a los medios de protección sociales, pero si forma base de la evolución y origen de los seguros sociales.
- d) El ahorro como manifiesta Alarcón Caracuel y González Ortega “*es una técnica de previsión consistente en que el individuo renuncie a un consumo actual en vistas de un eventual gasto futuro*”.⁴⁸ Obviamente formó parte del mutualismo obrero y si no es colectivo no constituye un medio de protección social.
- e) La asistencia surge como el instrumento protector que salva a la sociedad de la indigencia. Con la particularidad que las acciones de la asistencia no eran prevenir la indigencia sino el combatir los efectos de necesidad que

⁴⁷ Cfr. Blasco Lahoz, José Francisco, López Gandía, Juan y Momparler Carrasco, Ma. de los Ángeles, Curso de Seguridad Social, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª ed., Valencia, 2001, p. 33

⁴⁸ Cfr. Alarcón Caracuel, Manuel R. y González Ortega, Santiago, Compendio de Seguridad Social, Ed. Tecnos, 4ª ed. España, 1991, p. 16

esta provoca en los ciudadanos que no son capaces de cubrir sus necesidades más básicas por sí mismos.⁴⁹

- f) La beneficencia es una técnica de reparación de la situación de necesidad, una vez producida ésta, que se basa en el simple altruismo de benefactor, sea éste una persona privada o, lo que es más característico, una institución de carácter civil o religioso,⁵⁰ aunque hoy en día la beneficencia combate consecuencias de riesgos sociales y se ha caracterizado por ser pública.

2.2 La Seguridad Social en México, origen y desarrollo

En relación con México nos avocaremos en este punto, a señalar los distintos momentos históricos de desarrollo así como sus características.

2.2.1 Etapa precolombina

En la época prehispánica se puede apreciar un indicio de Seguridad Social entre nuestros antepasados. La existencia de estos antecedentes habrá de imprimir a nuestro sistema de Seguridad Social un sello particular.

Efectivamente, las características de una política de protección a las clases desvalidas en este periodo, sin que hayan constituido un modelo acabado de Seguridad Social demuestran la preocupación, el interés y la existencia de algunas instituciones incipientes encargadas de aplicarlo. Moctezuma consideró como un deber del Estado, mirar por los ancianos e impedidos. Con esa convicción construyó en Culhuacán un hospital y hospicio ordenando se les atendiera *“como a gente estimada y digna de todo servicio”*.⁵¹

⁴⁹ Para ampliar el tema consúltese: Durand, Paul, Tr. Vida Soria, José, La Política Contemporánea de Seguridad Social, Colección Seguridad Social, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 35-43

⁵⁰ Alarcón Caracuel, Manuel R. y González Ortega, Santiago, op. cit., p. 16

⁵¹ ISSSTE, Origen, Desarrollo y perspectivas, 51 años de Seguridad Social para los Trabajadores del Estado ISSSTE, México, sin año, p. 39

Los aztecas contaban con medidas para proteger a su pueblo en momentos de carestía o de escasez de alimentos, mediante los almacenes del Estado “*Petlalcalli*” o “*Petlalcalco*”, en donde se almacenaban los productos de la recaudación fiscal. Por su parte entre los mexicas la organización en torno al calpulli le brindaba cierta seguridad a los integrantes de la sociedad, permitiendo el desarrollo de medidas de protección como las “*Cajas de Comunidades Indígenas*”.

Como nos refieren Tena Suck e Italo: “... se crearon cajas de comunidades indígenas, que funcionaban con aportaciones de la comunidad para cubrir los infortunios de la muerte o festividades a sus dioses”.⁵² Estas cajas además se destinaban a los servicios municipales, a la enseñanza, a la atención médica gratuita, a la atención de ancianos y al fomento de la agricultura.

2.2.2 La conquista

Posteriormente al ser el pueblo mexicano conquistado, las normas medievales importadas de España trataron de cobijar también a los indígenas, pero resulta inútil intentar hablar de Seguridad Social cuando ésta es una figura contraria a la existencia de la esclavitud. ¿Cómo podrían tener derechos sociales, aquellos que eran considerados objetos de compra y venta?

Las medidas legislativas que llegan a la Nueva España con ánimo proteccionista son aquellas fundamentadas en la misericordia para los indios o aseguramiento para los propios españoles. De esta forma los misioneros se convirtieron en los defensores de los indígenas y leyes como las de Indias y las de Burgos extendieron su atención a los mexicanos que les habían destruido su cultura, sus instituciones, su estabilidad y su seguridad.

En el año de 1771 se funda el primer Montepío para la asistencia social de los trabajadores del Virreinato por Carlos III;⁵³ sin embargo, pese a este considerable

⁵² Tena Suck, Rafael e Italo, Hugo, Derecho de la Seguridad Social, Ed. Pac, México, sin año, p. 6

⁵³ Ibidem, p. 48

antecedente se puede decir que con la conquista se inició una época de oscurantismo para la Seguridad Social, para la mayoría de la población de la Nueva España (indígenas, criollos y negros) que carecían por completo de protección social.

2.2.3 El oscurantismo de la Seguridad Social

En esta época de hambres y sublevaciones se iniciaron los repartimientos de indígenas como esclavos de los españoles para que trabajasen en el cultivo de las tierras y a su servicio en general. Esta situación al ser del conocimiento de la Reina ordenó que fueran puestos en libertad los esclavos nativos y que se les permitiera trabajar voluntariamente contra un salario justo. Este intento de libertad fue un fracaso ya que los indígenas hicieron uso del derecho concedido y rehusaron todo contacto con los españoles, por lo que la esclavitud fue impuesta nuevamente.

En su intento de libertad, la independencia fue un movimiento de masas en búsqueda de la libertad social.

La inseguridad social del pueblo en 1810, se debía en gran medida, a la brutal concentración de la tierra. En este tiempo sólo 30 mil personas sabían leer y escribir, de un pueblo de seis millones y medio de habitantes.⁵⁴

La ignorancia del pueblo era otro efecto de las injustas estructuras sociales.

En México, junto con la explotación de la tierra, se explotó al hombre para combinarlo como resultante de la producción. Por éste hecho los indígenas fueron mantenidos como fuerza de trabajo. Esta situación ayudó a hacer la independencia más popular e intransigente. Así se le imprimió un sello proletario al Estado que se producía.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 54

A partir del 16 de septiembre del mismo año, se inicia la lucha armada por la independencia de la Nueva España, inspirada por los ideales del Liberalismo. Este se identifica con el pensamiento de Don José María Morelos y Pavón, cuando el 14 de septiembre de 1813 en el documento "*Sentimientos de la Nación*" siembra las bases de la Seguridad Social al exponer que es preciso que moderen la opulencia y la indigencia, que se mejore el jornal del pobre, que se mejoren sus costumbres, que se aleje la ignorancia. Por lo cual se puede afirmar que las primeras ideas de esta figura están vinculadas a los procesos de independencia de nuestro país.

Para 1824 el gobierno independiente de México, mediante Decreto de fecha 11 de noviembre, establece la obligación del Estado de pagar pensiones a los funcionarios del Poder Ejecutivo, de Justicia y de Hacienda. Pero el Estado se encontraba en precaria situación económica, por lo que en realidad esa Legislación protectora de los servidores del Estado fue inoperante.

Ignacio Ramírez perteneciente al Congreso Constituyente de 1856-1857, con su gran elocuencia, el 7 de julio de 1856, levanta una extraordinaria defensa a favor de los trabajadores y sus derechos al establecer que el jornalero es esclavo, nada le pertenece, ni su familia, ni su existencia, y el alimento no es para el hombre-máquina un derecho, sino una obligación de conservarse para el servicio de los proletarios.

Por lo que no es difícil comprender, la situación que vivían los obreros mexicanos en ese lapso de la historia, considerados como herramientas del progreso, instrumentos que producían riqueza a los patrones, sin que para ellos existiera la más mínima ganancia.

2.2.4 De la Revolución Mexicana a la actualidad

Para que una revolución pueda llamarse propiamente "*revolución*", se antecede al movimiento un descontento general del pueblo, así como se dio en México, derivado del gobierno latifundista del General Porfirio Díaz y se cristaliza en los brotes de rebelión que se presentan dentro del territorio nacional, por lo que es

esencial señalar los movimientos de las Huelgas de Cananea y Río Blanco, indispensables para el desarrollo del Derecho Laboral y de la Seguridad Social.

La organización de los trabajadores mexicanos se inicia de 1850 a 1890, preocupados por hacer frente a las desigualdades de que eran objeto dentro de la industria.

En 1872, se establece el Gran Círculo de México, convirtiéndose para 1876 en la Confederación de Asociaciones de Trabajadores de los Estados Unidos Mexicanos. Posteriormente a finales de enero de 1906, los mineros de Cananea Consolidated Cooper Company en la que desempeñaban sus labores en condiciones infrahumanas, desfavorables para su salud y sus necesidades económicas, exigieron entre otras cosas un salario mínimo, trato humanitario y una jornada de trabajo de 8 horas máximo.

En la actualidad sus peticiones nos resultan lógicas y justas, el derecho mínimo de un obrero, pero en esa época causaron el descontento de los patrones, por parecerles injustas, simplemente descabelladas y en contra de sus intereses.

La respuesta a las peticiones de los trabajadores, fue la masacre del pueblo y el encarcelamiento de los dirigentes del movimiento.

De igual forma, la huelga de Río Blanco fue producto del descontento de los trabajadores de las ciudades de Puebla y Orizaba, debido a que se les impuso un Reglamento General de Trabajo que les prohibía formar toda clase de organización entre ellos, aunado a las condiciones deplorables en su mayoría que se mantenían en los trabajos.

Nuevamente a ese intento de rebelión acaecido el día 7 de enero de 1907, Porfirio Díaz ordena al General Rosalino Martínez que se concluya con el movimiento a costa de lo que sea, ocasionándose una vez más una verdadera masacre del pueblo.

La etapa revolucionaria se caracteriza por un afán que se demuestra en los diversos pronunciamientos de la época, tendientes en su mayoría a la consecución de mejores niveles de vida para el proletariado nacional, la idea de la Seguridad Social se precisaría y sería rescatada en este tiempo violento.

Algunas medidas dictadas en el Porfiriato, pero que nunca fueron puestas en vigor se establecen durante aquellos años, no obstante fue imposible que se aplicaran con todo rigor, en virtud de la violencia que imperaba en el país, constituyen sin embargo un dato inequívoco de los propósitos a favor de la Seguridad Social que inspiraban a los revolucionarios.

Otra reforma de gran valor social había de tener lugar en 1915 en el Estado de Yucatán con la Ley del Trabajo, cuya iniciativa se debe al General Salvador Alvarado en su calidad de Gobernador de dicho Estado. Este ordenamiento fue el primero que estableció el seguro social en nuestro país.

Una prueba más del incontenible incremento de los reclamos de Seguridad Social se da en el Estado de Veracruz. Don Cándido Aguilar estableció la obligación patronal de otorgar servicios médicos a los trabajadores enfermos quienes tenían derecho, igualmente a recibir alimentos más una indemnización por parte de la empresa, consistente en la totalidad del jornal, que cobrarían en tanto durara su impedimento.

Una revolución implica siempre una transformación tendiente a la reivindicación de las grandes mayorías populares en lo político, en lo económico y en lo social. Esta transformación desembocó indefectiblemente en una Constitución que garantizara los derechos nacionales, a nivel individual y a nivel social, así como la organización del Estado.

Resumiendo, se puede afirmar que en esa época la falta de Seguridad Social del pueblo mexicano en general nos llevaría a un movimiento social que cambiaría el rumbo de la incertidumbre de la vida de la población por el de las bases de los que ahora conocemos como nuestra actual Seguridad Social.

Si la Constitución de 1857, dado su carácter liberal e individualista, garantizó fundamentalmente los derechos del gobernado, la Constitución de 1917, surgida de una revolución popular pasmó además otros derechos: los sociales.

En el Derecho Social Constitucional se encuentra el del Trabajo, el Agrario y el de la Seguridad Social.

Después del movimiento armado, la Constitución de 1917 consagró no sólo el aspecto laboral en el artículo 123, sino fincó las bases de la Seguridad Social de nuestro presente, modalidad de nuestro constitucionalismo que no encaja en la doctrina clásica. Diversos tratadistas de la época se preguntaban cómo era posible que pudiera caber en una Constitución lo relativo a la jornada de trabajo, el salario, etc., considerándose en aquel entonces que este aspecto debía tratarse en la reglamentación de las leyes. Pero no obstante dicha desconfianza, los derechos del trabajador se elevaron al rango constitucional.

La Carta Social de 1917 concedió a México el honor de ser el primer país que dio naturaleza constitucional a la Seguridad Social al incluirla en los enunciados del artículo 123.

Venustiano Carranza al presentar el proyecto de Constitución expresó que en él se tenía la reforma al artículo 72 de la Constitución de 1857, a fin de que el Poder Legislativo expidiera leyes sobre el trabajo a favor de la clase obrera y de todos los trabajadores.

Como respuesta obtuvo *“...un largo silencio, porque todos los hombres a cuyo alrededor, había muerto un millón de personas que amparaban la justicia social, no comprendían que se dejara para el futuro la expedición de las normas reguladoras del trabajo”*.⁵⁵

⁵⁵ De la Cueva, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1991, p. 28

La escasa legislación sobre Seguridad Social durante la segunda década del siglo pasado se explica claramente si tomamos en cuenta que se trata de los años de intensa lucha armada y de grandes convulsiones políticas.

Se comprende también que durante los primeros años de vigencia de la Constitución de 1917, los legisladores se ocuparon de problemas de cimentación de las estructuras jurídicas fundamentales y de asentamiento político.

En mi opinión, fue un tiempo sumamente difícil en cuestión de la materia que estudiamos, la incredulidad del pueblo por deber esperar para recibir realmente los derechos que ganó mediante la revolución era latente, por lo que los beneficios de esta disciplina jurídica tardaron en presentarse; sin embargo, ya estaban plasmados en uno de los preceptos constitucionales.

En el año de 1925 se concretiza el antecedente de la primera institución de Seguridad Social en nuestro país: la *“Dirección General de Pensiones de Retiro”* (hoy ISSSTE). Esta institución ofertaba a los trabajadores al servicio del Estado pensiones de retiro a la edad de 55 años y a los 35 años de servicio.⁵⁶

Posteriormente en 1929, bajo el gobierno de Emilio Portes Gil se reforma el Art. 123 constitucional cuya fracción XXIX especificaría lo siguiente:

*“Se considera de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá los seguros de invalidez, de vida, de cesación involuntaria de trabajo, de enfermedades y accidentes y otros con fines análogos”.*⁵⁷

Cabe señalar que si tomamos en cuenta el momento histórico de esta reforma y lo comparamos con el del desarrollo de la Seguridad Social (tratado en puntos anteriores), es como bien lo refiere el Prof. Néstor de Buen *“sorprendente”* la anticipación de esa reforma al Plan Beveridge, al vincular al Estado con la

⁵⁶ Cabe señalar que en esta época la esperanza de vida era de tan sólo 57 años y la política de pensión se fijaba en razón del 1.5%, a partir del último salario diario. Esto se multiplicaba por el número de años de servicio. Cfr. ISSSTE, op. cit., p. 190

⁵⁷ En <http://www.imss.gob.mx> fecha de consulta: 12 de agosto de 2010

responsabilidad de dictar leyes de prevención que asumirán la forma del seguro social.⁵⁸

En el año de 1934 Cárdenas sube al poder y conciente de que la pobreza es provocada por la concentración de la riqueza, por los malos sistemas distributivos y por la ausencia de la infraestructura social, entre otras cosas, proyectó la Ley del Seguro Social, pero su intento se vio relegado por temas tan importantes como la expropiación petrolera y programas agrarios.

La década de los 30's fue para México una época de fuertes movimientos sindicales que derivaron en logros que constituyen avances en el desarrollo histórico de la Seguridad Social. Como ejemplo de ello se puede mencionar que la primera Confederación de Trabajadores de México estableció en su declaración de principios, entre otros los que por su importancia se transcriben a continuación.⁵⁹

- Establecimiento del escalafón que garantizara estabilidad, ascensos, pensiones, etc.
- Organización de un seguro social para casos de accidentes, desocupación, vejez, defunción, etc.
- Establecimiento de institutos de crédito
- Construcción de casa habitación
- Pago de médicos, medicinas y hospitalización
- Creación de casas-cuna y hogares infantiles

En 1943 bajo el gobierno de Ávila Camacho el Congreso aprueba la iniciativa de la Ley del Seguro Social, esta determina que *"la finalidad de la seguridad social es garantizar el derecho humano a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo"*.⁶⁰ Una de las características a resaltar de esta Ley es que

⁵⁸ De Buen, L., Néstor, Seguridad Social, Ed. Porrúa, 2ª ed. México, 1999, p. 256

⁵⁹ ISSSTE, op. cit., pp. 212-213

⁶⁰ En <http://www.imss.gob.mx> fecha de consulta: 12 de agosto de 2010

amplía el esquema del seguro social hacia el de la Seguridad Social al establecer como receptores del seguro social no sólo a los trabajadores y sus beneficiarios, sino mediante el instrumento de la solidaridad social, se incluía por vez primera a todos aquellos integrantes de los núcleos más desprotegidos.

Dentro del mismo ordenamiento legal se prevé la creación de un organismo público descentralizado, con personalidad y patrimonio propios al cual se le denominó "*Instituto Mexicano del Seguro Social*" (IMSS) con la finalidad de organizar y administrar el "*seguro social*" el cual "*es el instrumento básico de la Seguridad Social*".

En la década de los 40's fue visible el crecimiento del seguro social a través del IMSS, primero en cobertura prestacionaria y de igual forma se amplió paulatinamente su cobertura poblacional. Cabe señalar que al respecto Néstor de Buen refiere que la falta de instalaciones médicas provocó la creación de puestos de fábricas y la subrogación de servicios con empresas particulares, una política que paulatinamente fue siendo desechada en la medida en que el IMSS pudo, muy poco a poco, construir por sí mismo la infraestructura indispensable.⁶¹

Posteriormente el IMSS inició programas de vivienda para continuar con las casas aseguradas, las cuales debido a su éxito se convirtieron en centros de bienestar social con acceso a toda la población y no únicamente a las aseguradas. Así se sentaron las bases para pasar del seguro social a la Seguridad Social.⁶²

En la década de los 70's, a consecuencia de la crisis mundial del Estado de Bienestar, la economía mexicana sufrió los efectos de desempleo y la inflación, mismos que generaron una fase regresiva en la Seguridad Social. Desde esa década a la fecha la situación de los más resentidos es el de la Seguridad Social, que dejó de crecer al ritmo que lo hizo durante las primeras tres décadas desde la promulgación de la Ley del Seguro Social y que se sumergió en un creciente déficit, mismo que ha obligado a implementar diversas medidas emergentes

⁶¹ De Buen L., Néstor, Seguridad Social, op. cit., pp.225-234

⁶² Idem

destinadas a la saneación económica, una de ellas la más relevante: la reforma a la Ley de 1997 o mejor dicho la privatización del sistema de pensiones mexicano.

Como datos importantes del crecimiento de los seguros sociales en México, Fajardo Ortiz manifiesta que para el año 2000 éramos 97.5 millones de habitantes, de los cuales el 40% de su población no cuenta con aseguramiento social (sobre todo pobres del campo y la ciudad), el 50% de la población eran derechohabientes de algún instituto del seguro social IMSS, ISSSTE o ISSFAM y el 10% restante se componía del grupo que sin estar asegurados “socialmente” cuentan con los medios económicos suficientes para proporcionarse a sí mismos la asistencia médica privada de más alto nivel y no requerir de prestaciones de Seguridad Social “en ese momento”.⁶³

Los servicios de Seguridad Social en comunidades rurales no alcanzan a satisfacer las necesidades elementales de sus integrantes.

Desde el sexenio salinista⁶⁴ se emplearon como paliativos de los escasos niveles de Seguridad Social los programas sociales enfocados a la participación social directa, buscando principalmente el apoyo político de los miembros de las comunidades beneficiadas al partido gobernante en turno y dejando de lado la multiplicación de los resultados, cuyos beneficios se pueden calcular como efectivos. La consecuencia de dicha política se refleja en el aumento palpable del porcentaje de pobreza que azota a nuestro país, al respecto cabe mencionar algunas de las cifras que el INEGI presentó como oficiales, resultado del último Censo General de Población y Vivienda efectuado en el año 2000.⁶⁵ Dentro de las cifras más alarmantes se encontró que 40 millones 668 mil habitantes en México viven con un promedio de 26 pesos diarios, cantidad que debería ser suficiente para satisfacer las necesidades básicas como alimentación, vestido, vivienda,

⁶³ Cfr. Fajardo Ortiz, Guillermo, La atención médica en México a lo largo del siglo XX, en *Memorias del Ier. Coloquio Interdisciplinario de Seguridad Social en la UAEM*, Ed. UAEM, Morelos, México, pp. 127-131

⁶⁴ Cfr. Martínez, Gabriel, Pobreza y Política Social en México, *ITAM-Fondo de Cultura Económica*, México, 1997, p. 13

⁶⁵ Medina, María Elena, Viven 40 millones con menos de 26 pesos, en <http://www.reforma.com/especial>
fecha de consulta: 11 de septiembre de 2010

educación y servicios indispensables, sin olvidar por supuesto que el salario mínimo establecido en México, el cual oscila en el 2007 entre \$47.60 y \$50.57 pesos, debería ser suficiente para cubrir esas necesidades no por individuo sino por familia y además se incluye la recreación y esparcimiento. Del número de individuos antes mencionado, más de 10 millones viven con 9 pesos al día, es decir, en extrema pobreza.

Otra innovación del sexenio en comento, cuyas reminiscencias aún estamos viviendo, es la descentralización de la operación de los programas sociales, por primera vez el impulso descentralizador surge del propio gobierno y no de grupos políticos no necesariamente gubernamentales que luchan por obtener autonomía y recursos para combatir problemas sociales.

La directriz de nuestra Seguridad Social se presenta indefinida, por un lado se incluyen nuevos seguros como el “*Seguro Popular de Salud*”,⁶⁶ el cual se ha hecho extensivo a los 32 Estados de la República y por otro lado se advierte continuamente en los comunicados públicos tanto del sector salud como de los actuales directores del IMSS y del ISSSTE la precaria situación financiera de dichos institutos y su riesgo de colapsar.

Dadas dichas circunstancias actuales y con la intención de poder comprender mejor el desarrollo futuro que puede presentar nuestro actual sistema de Seguridad Social considero importante presentar el breve análisis de sistemas de Seguridad Social en otros países, que será el tema central del siguiente punto.

2.3 La seguridad social en otros países

Iniciaremos el pasaje internacional con países europeos y sus relativos seguros sociales, para continuar con la regulación supranacional que se da bajo el contexto de la Unión Europea.

⁶⁶ *Respecto al Seguro de Salud cabe señalar que es un seguro dependiente del sector salud, que pretende brindar protección financiera a la población no derechohabiente mediante un seguro de salud, público y voluntario, orientado a reducir los gastos médicos de las familias sin seguro social y fomentar la atención oportuna a la salud.*

En Europa pese a las características particulares de cada uno de los seguros sociales, tienen problemáticas en común y una de ellas es el fenómeno demográfico: hay una clara tendencia a que la pirámide se invierta. Por otra parte, las medidas de abatimiento del desempleo pasan, muchas veces (España y Francia) por la disminución de los requisitos de edad para obtener la jubilación e inclusive, por mecanismo de prejubilación, con evidente costo económico ya que el trabajador cede la mitad de su jornada, con una compensación adicional al salario que gana por el tiempo que sigue laborando, con cargo a la Seguridad Social.⁶⁷

2.3.1. Alemania y su esquema de Seguridad Social –Soziale Sicherung

Hablar del seguro social alemán, incluye sin lugar a excepción el introducir al tema a través de la creación de los seguros sociales.

El seguro de pensiones fue creado desde 1881, al ser dictado el Mensaje Imperial que reglamentaba su organización. Desde entonces ha contribuido a que un innumerable grupo de personas hayan podido afrontar sin detrimento de su economía los riesgos naturales y sociales que impone la vida, como la vejez, los accidentes, etc.

En 1911, se dictó el Reglamento de Seguros del Reich, el cual regulaba el seguro de pensiones de manera conjunta con los de enfermedad y accidentes. Por primera vez en el mundo occidental se contempló que la jefatura de un Estado reconocía que era su deber intervenir en el acontecer económico para proteger a la población económicamente débil: característica del Estado Benefactor. Es importante señalar que este reglamento fue llevado durante la segunda guerra mundial a los países sometidos por Alemania, sustituyendo el sistema de seguros local por el alemán.

⁶⁷ De Buen, Néstor, Seguridad Social, op. cit., p. 162

El seguro de pensiones ha sobrevivido a todas las crisis a las que se ha enfrentado Alemania: la primera y segunda guerra mundial, la época de la posguerra y su crisis económica.

En 1913 se creó el primer Instituto de Seguros para Empleados que actualmente lleva el nombre de Instituto Federal de Seguros para Empleados – Bundessozialversicherungsanstalt der Angestellten.⁶⁸

Günther Thude en su obra *“Los obreros y su Seguridad Social”* expone: *“El día 11 de junio de 1945, el partido comunista alemán, dirigió un llamamiento a la población, exponiendo las tareas más importantes para garantizar el cambio antifascista y democrático”*.⁶⁹

Este llamamiento exigía la liquidación total de residuos del régimen hitleriano, la lucha contra el hambre, el desempleo y la carencia de alojamiento, el establecimiento de derechos y libertades realmente democráticos para el pueblo, que así lo exigía. La población requería el auxilio determinante de la Seguridad social, a huérfanos, viudas, inválidos y enfermos.

Por lo que se aprobó la decisión de adoptar una nueva estructura unificada de Seguridad Social en todo el ámbito nacional, esta disponía:

1º La creación de una Ley de Seguridad Social única, en caso de enfermedad, incapacidad laboral, por razones de edad y la reducción de la capacidad laboral a consecuencia de accidentes.

2º Creación de instituciones unificadas de Seguridad Social en las regiones y provincias, teniendo en cuenta la correspondiente nivelación de cargas entre las diferentes regiones.

⁶⁸ *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*. Boletín de prensa e Información del Gobierno Federal Alemán. Año XV. No. 4, jul-ago. Hijos de E. Minuesa, S.L., Madrid, España, 1966, p. 875

⁶⁹ Thude, Günther, *Los obreros y su Seguridad Social*, Traduce. Tribune, Berlín, Alemania, 1964, p. 13

3º Participación predominante de los asegurados a través de sus representantes en los organismos de autogestión.

4º Extensión del círculo de asegurados a todos los trabajadores asalariados, así como todas las personas de ocupación independiente y empresarios incluidos los miembros de sus familias que les ayudan.

5º Derecho a disfrutar de las prestaciones sociales.

Por tal motivo se considera que Alemania fue el país en donde se impulsó el nacimiento de lo que hoy se entiende por modelo contributivo y modelo participativo en la gestión de la Seguridad Social; donde se produjo el abandono definitivo de la capitalización colectiva y se apostó claramente por el modelo de reparto puro.

Se puede afirmar que las acciones políticas con trascendencia en la Seguridad Social abarcan a toda la sociedad, son funciones financiadas por el Estado; donde se crea el seguro de dependencia como una nueva rama de la acción protectora de la Seguridad Social y cuya financiación es mediante cotizaciones de trabajadores y empresarios.

El actual Ministerio de Salud y Seguridad Social –Bundesministerium für Gesundheit und Soziale es el encargado del seguro social, el seguro de pensiones, la previsión social a víctimas de la guerra, derecho indemnizatorio, sistema sanitario, prevención, rehabilitación y política para minusválidos y ayuda asistencial. Dentro de la red de Seguridad Social se entrelazan la voluntad y las acciones de la población en general a través de los legisladores, los partidos políticos, la jurisdicción, los sindicatos, las asociaciones patronales y el gran número de asociaciones y organizaciones de índole socio-político.

Dentro de esa red social alemana se encuentran de un lado las prestaciones que se ofertan dentro del contexto jurídico del seguro social y las prestaciones asistenciales.

- La asistencia social: El Capítulo Noveno del Código Social y la Ley Federal de Asistencia Social, así como los Reglamentos correspondientes y las Leyes Orgánicas de los Länder⁷⁰ disponen en diversos artículos que la persona que está en una situación de necesidad o está amenazada de caer en ella, tiene derecho a recibir asistencia social, siempre y cuando no pueda salir de esta situación por sus propias fuerzas o medios o con la ayuda de otras personas. Las prestaciones asistenciales incluyen prestaciones económicas, en especie y ayuda personal.
- El sistema del seguro social: Su principal particularidad es que se tienen separadas las prestaciones, financiamiento y en sí la organización del seguro de pensiones y el resto de las prestaciones del conjunto del sistema, es por ello que dentro de los ámbitos de competencia del Ministerio de Salud y Seguridad Social, se incluyen por separado el seguro social y el seguro de pensiones. Debido a los problemas derivados de la estructura demográfica de la población alemana (invertimiento de la pirámide poblacional) que se esperan en este siglo, el sistema público alemán de pensiones ha sido objeto de intensas discusiones. Desde su introducción en 1957, es decir, desde que existe el régimen de jubilación basado en la retribución del trabajo y en las cotizaciones, el sistema público de pensiones ha sido sometido a un gran número de pequeñas y grandes reformas. La subsistencia del sistema demuestra que éste ha logrado adaptarse a los nuevos requerimientos sociales y económicos, sin necesidad de ser sustituido por otro. La reforma más reciente consistió en la introducción de la posibilidad de retiro gradual o flexible. Las recientes leyes de fomento al crecimiento y la ocupación (WFG), así como de reforma del sistema público de pensiones (RRG 1999), han dado lugar a renovadas polémicas sobre sus implicaciones políticas y sociales.⁷¹

⁷⁰ Estados federados

⁷¹ Cfr. <http://www.bmas.bund.de/7BMAS/Navigation/soziale-sicherung.html> fecha de consulta: 15 de agosto de 2010

Pese a los constantes cambios en materia de Seguridad Social (sean prestaciones asistenciales o requisitos del seguro social), Alemania sigue siendo uno de los países con nivel más alto de desarrollo de Seguridad Social, invierte el 29% del P.I.B en protección social e intenta hacer económicamente posible el funcionamiento del conjunto del sistema social y adaptar el modelo a las nuevas realidades sociales. Para ello el excanciller Gerhard Schroeder presentó en el mes de marzo de 2003 reformas para reactivar la economía alemana, que se encontraba en tasas de crecimiento cero que reducen el gasto social, (v.gr. Reducción de las prestaciones de desempleo de 3 a un año) la justificación que el mismo excanciller señaló es *“Tendremos que reducir lo que el Estado suministra, motivar la iniciativa de la gente y demandar a los individuos que contribuyan más”*,⁷² con estas medidas se puede vislumbrar que se pretende mantener el Estado de Bienestar Social, aunque sea de forma *“mínimamente”* reducida.

2.3.2 El sistema de Seguridad Social (Soziale Sicherheit) austriaco

La meta específica de la Seguridad Social austriaca es alcanzada a través de su sistema que incluye: el seguro social –Sozialversicherung, la asistencia social – Sozialhilfe.⁷³ Cabe señalar que pese a la existencia de la beneficencia privada (ayuda de los particulares a través de organizaciones para los propios particulares, como es el caso de *“Caritas”*),⁷⁴ ésta no se incluye de manera oficial en el desarrollo de la Seguridad Social nacional, puesto que pese a su loable función no es indispensable par el buen funcionamiento de la Seguridad Social.

La calidad y cantidad de las prestaciones de los tres sistemas integrantes de la Seguridad Social, anteriormente mencionados, son completamente diversas, debido a que cada una funciona con sistemas administrativos y medidas diferentes que me permitido resumir:

⁷² Berlin, *The Associated Press*, marzo 10, 2003

⁷³ *Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger*, Grundlagen del Sozialversicherung, *Band I*, Ed. Hauptverband. Wien, Austria, 1998, p. 9

⁷⁴ *Caritas es una asociación de tipo privado financiada por los feligreses y las donaciones voluntarias de particulares a la iglesia católica.*

El seguro social

- Se compone principalmente del aseguramiento obligatorio
- El otorgamiento de las prestaciones depende directamente de la presentación de la contingencia asegurada y de la relación de aseguramiento.
- Para las prestaciones derivadas del aseguramiento obligatorio existe básicamente un derecho individual exigible.
- El financiamiento se realiza a través de las cotizaciones periódicas permanentes de los sujetos de aseguramiento (cotización tripartita).

La asistencia social

- Tienen derecho a las prestaciones de asistencia social las personas que se encuentren en los supuestos legales a consecuencia de servicios especiales o por ser víctimas sociales, como por ejemplo las víctimas de la guerra, de un ataque terrorista o de una catástrofe natural.
- Toda vez que el beneficiario encuadre en el supuesto legal, también existirá un derecho individual exigible.
- El financiamiento depende únicamente de los impuestos. Ya que no se realizan cotizaciones para este sistema.

La beneficencia o ayuda social

- Beneficiarios de la beneficencia social son sólo aquellos miembros de la sociedad que no son capaces por sí mismos de lograr el ingreso económico mínimo indispensable para sobrevivir y que al mismo tiempo no reúnen los requisitos para ser beneficiarios de alguno de los otros dos sistemas presentados.
- El financiamiento depende de igual forma únicamente de los impuestos.
- Contrario a los otros dos sistemas, para las prestaciones de asistencia social no le corresponde al beneficiario ningún derecho individual o colectivo exigible.
- Debe absolutamente existir la situación de extrema necesidad.

La parte medular del sistema de Seguridad Social austriaco lo representa el seguro social, por lo que consideramos importante presentar las particularidades más sobresalientes al respecto.

La estructura del seguro social austriaco abarca en las ramas del seguro de enfermedades, accidentes y pensiones⁷⁵ a casi toda la población. Meta que en el tiempo de la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre por la ONU en 1948, parecía inalcanzable.⁷⁶ La estructura actual del seguro social es el resultado de más de 100 años de su desarrollo.

La ejecución del seguro social es a través de los institutos de aseguramiento. En el año de 1927 había todavía 62 cajas de enfermedad, las cuales al correr del tiempo se convirtieron en 44 institutos del seguro social. Después de la reducción en el año de 1974 sólo restaron 28 que en comparación con otros estados Europeos representan una delgada organización del sistema del seguro social.⁷⁷

Los institutos del seguro social se encuentran divididos según las ramas del seguro social, según el círculo de sujetos asegurados o según el área geográfica que cubran. Con excepción de las cajas de enfermedad –Gebiets- und Betriebskrankenkassen el ámbito de competencia de los actuales institutos del seguro social se extiende a todo el territorio federal, y algunos otorgan

⁷⁵ *El seguro de desempleo está organizado completamente diferentes a las tres ramas del seguro antes mencionadas, en esta aseguración no existe un organismo autónomo organizado como instituto del seguro social, el ámbito de competencia de este seguro está en manos del Arbeitsmarktservice –Servicio del Mercado de Trabajo Austriaco.*

⁷⁶ *Artículo 22 de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU del 10 de diciembre de 1948: “cada individuo en su individualidad como miembro de la sociedad necesita para hacer valer su dignidad y para lograr el libre desenvolvimiento de su personalidad de la protección contra los riesgos sociales”*

⁷⁷ *Austria cuenta con 28 institutos del seguro social para 8.1 millones de habitantes, Bélgica tiene una población de 10 millones aprox. y 98 institutos, Francia tiene sobre 57 millones de habitantes y 520 institutos, según datos proporcionados en la revista Soziale Sicherheit, Die organisation der österreichische Sozialversicherung, 7/8, Austria, 1998, p. 487*

prestaciones a sus derechohabientes en dos o tres ramas del seguro social paralelamente.⁷⁸

Organismos responsables de prestar el seguro de accidentes:

- Instituto General del Seguro de Accidentes
- Instituto de Aseguramiento de los Servidores Públicos
- Instituto del Seguro Social de los Campesinos

Organismos encargados de ejecutar el seguro de pensiones:

- Instituto del Seguro de Pensiones de los Trabajadores
- Instituto de Aseguramiento de los Trenes Austriacos
- Instituto del Seguro de Pensiones de los Empleados
- Instituto de Aseguramiento de los Mineros Austriacos
- Instituto del Seguro Social de la Economía Empresarial
- Instituto del Seguro Social de los Campesinos
- Instituto de Aseguramiento de los Notarios Austriacos

Organismos que ejecutan el seguro de enfermedades:

- 9 cajas regionales de enfermedades
- 10 cajas empresariales de enfermedades
- Instituto de Aseguramiento de los Trenes Austriacos
- Instituto de Aseguramiento de los Servidores Públicos
- Instituto del Seguro Social de la Economía Empresarial
- Instituto del Seguro Social de los Campesinos

El dividido sistema austriaco del seguro social tiene la ventaja de poder asistir a los asegurados mejor y directamente. Las desventajas de esta forma de organización son compensadas a través de las tareas de la Asociación General.

2.3.3. La Seguridad Social española

La base jurídica de la Seguridad Social española se encuentra en el artículo 41 de la Constitución Española (en adelante CE), que a la letra establece:

⁷⁸ *Soziale Sicherheit*, Die organisation der österreichischen Sozialversicherung, 7/8, *Austria*, 1998, p. 487

“Art. 41. Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.⁷⁹

Del citado artículo se desprende que la organización de la Seguridad Social será en tres niveles:

- Seguridad Social contributiva
- Seguridad Social no contributiva y
- Seguridad Social complementaria

La Seguridad Social contributiva:

Esta engloba las prestaciones que se otorgan a los beneficiarios en base a las contribuciones dependientes de la base profesional, es decir, del seguro social; sin embargo la Seguridad Social española contempla particularidades en las prestaciones ofertadas, derivadas de preceptos constitucionales,⁸⁰ tales como las siguientes:

- Asistencia sanitaria bajo la protección de la salud (Art. 43 CE)
- Pensiones en tercera edad (Art. 50 CE)
- Protección familiar (Art. 39 CE)
- Minusválidos (Art. 49 CE)
- Servicios Sociales (Art. 50 CE)
- Protección de la emigración (Art. 42 CE)

Al respecto el Dr. Alarcón Caracuel elaboró el siguiente cuadro:⁸¹

⁷⁹ López Guerra, L. (edición de), Constitución Española, Ed. Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2000

⁸⁰ Blasco Lahoz, José Francisco, López Gandía, Juan y Momparler Carrasco, Ma. de los Ángeles, Curso de Seguridad Social, op. cit., p. 63

⁸¹ Alarcón Caracuel, Manuel R. y González Ortega, Santiago, Compendio de Seguridad Social, op. cit., p. 117

CONTINGENCIAS	PRESTACIONES
1. Alteraciones de la salud y maternidad	Asistencia sanitaria
2. Incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional	Subsidio (y prestaciones recuperadoras)
3. Invalidez permanente	Pensión o indemnización (y prestaciones recuperadoras)
4. Muerte y supervivencia	Pensión y/o indemnización
5. Jubilación	Pensión
6. Desempleo	Subsidio
7. Cargas familiares (hijos menores o minusválidos)	Asignación

Hoy en día las contingencias protegidas por la Seguridad Social contributiva se pueden englobar en contingencias profesionales las cuales son dos:

- El accidente de trabajo
- La enfermedad profesional

Y en contingencias comunes que son los accidentes y enfermedades no profesionales, para ello se tiene la protección sanitaria que se orienta a:

- Los trabajadores por cuenta ajena afiliados y en alta o situación asimilada al alta, que se encuentren al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social,
- Pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas,
- Familiares o asimilados a cargo de los trabajadores con derecho a prestación de asistencia sanitaria

Dentro de las prestaciones de la Seguridad Social sumadas a la asistencia sanitaria se proporcionan las generadas por la incapacidad temporal, la maternidad y el riesgo durante el embarazo.

Otra rama prestacionaria del seguro social la constituyen las prestaciones pensionarias: la incapacidad permanente (en México nombraba invalidez por tratarse de una disminución para laborar, cuyo origen no se encuentra en el trabajo), esta se divide en incapacidad permanente parcial, permanente total, permanente absoluta y gran invalidez.

Dentro de este rubro de las prestaciones contributivas se ubica también la de jubilación, la protección por muerte, supervivencia y mención especial requiere el seguro de desempleo, donde las prestaciones de la Seguridad Social contributiva se complementan subsidiariamente con las de la no contributiva.

La Seguridad Social no contributiva:

Conocida en México como asistencia social, en esta se engloban las prestaciones que se otorgan a toda la población en general sin el requisito de estar sujetos al seguro social, son financiadas por vía fiscal y están íntimamente ligadas a situaciones de necesidad, (v.gr. carencia de pensiones de vejez).

La protección de la Seguridad Social no contributiva en caso de presentarse situaciones de necesidad se concretiza mediante prestaciones encaminadas a apoyar con la asistencia sanitaria, la jubilación, la invalidez y apoyos en caso de tener hijo a cargo.

En particular la prestación por hijo a cargo, que anteriormente se cubría como una prestación más de la Seguridad Social contributiva y ahora se incluyó única y exclusivamente dentro de la rama de prestaciones no contributivas, con la intención de ayudar a todo aquel menor que, independientemente de la naturaleza legal de la filiación (hijos matrimoniales, extramatrimoniales, naturales o adoptados), vive con el beneficiario y a sus expensas.⁸²

⁸² *Blasco Lahoz, José Francisco, López Gandía, Juan y Momparler Carrasco, Ma. de los Ángeles, op. cit., p. 571*

La Seguridad Social complementaria:

Se refiere a la previsión social privada. “Se trata de un nivel, que contempla prestaciones aisladas, que se añaden a un diseño público, que ha de ser suficiente, es de carácter no sustitutivo, voluntario y privado”.⁸³

Organización de la Seguridad Social:

El Art. 4 de la Ley General de Seguridad Social establece: “Corresponde al estado la ordenación, jurisdicción e inspección de la Seguridad Social.” En tal virtud se pueden señalar como las principales instituciones encargadas de otorgar y organizar las prestaciones de Seguridad Social (en España nombradas “entidades gestoras”) las siguientes:

- El Instituto Nacional de la Seguridad Social
- El Instituto Nacional de la Salud
- El Instituto Nacional de Servicios Sociales
- El Instituto Nacional del Empleo
- Tesorería General de la Seguridad Social (se trata de una entidad de carácter básicamente financiero)
- El Instituto Social de la Marina

Paralelo a las entidades gestoras de la Seguridad Social en España coadyuvan a sus fines las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social (MATEP), las cuales son las asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales constituidas sin ánimo de lucro y con sujeción a las normas reglamentarias que se establezcan por empresarios que asuman al efecto una responsabilidad mancomunada y con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social y sin perjuicio de la realización de otras prestaciones, servicios y actividades que le sean legalmente atribuidas.⁸⁴ Las competencias en materia de Seguridad Social

⁸³ Ibidem, p. 64

⁸⁴ Ibidem, p. 139

corresponden principalmente al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y al Ministerio de Sanidad y Consumo.

Beneficiarios de la Seguridad Social en España:

La Seguridad Social en España a través de su Ley General de Seguridad Social establece como requisito prioritario para ser derechohabiente el trabajo formal y su obligación derivada a afiliarse al seguro social; sin embargo, a este requisito se le adhieren el de la nacionalidad y la territorialidad para el caso de los extranjeros que cuenten con una estancia legal autorizada por el gobierno español. Lo anterior por lo que toca a las prestaciones contributivas y referente a las no contributivas, el Art. 7.3 del citado ordenamiento legal establece que estarán incluidos todos los españoles residentes en el territorio nacional.

Cabe señalar que existen algunas excepciones al citado precepto legal, como lo refieren Blazco Lahoz y coautores,⁸⁵ siendo la más sobresaliente la que mantiene la relación jurídica de Seguridad Social en España a todos aquellos trabajadores españoles que son enviados en misión por motivos de trabajo por su empresa en desplazamiento temporal a un centro de trabajo en el extranjero.

2.3.4 La Seguridad Social en la Unión Europea

El caso particular de la Unión Europea destaca por varias razones: la primera debido a su historia, Alemania es el país que ha legado al mundo la figura jurídica del seguro social, cuyo desarrollo ha permitido que sus habitantes gocen de los beneficios espléndidos que ofrecen sus catálogos prestacionarios, los cuales son de los más amplios en el mundo entero sin omitir el mencionar el excelente nivel cualitativo; por su economía, el bloque europeo constituye dentro de nuestro desarrollo contemporáneo la única competencia equilibrada a los Estados Unidos de América; y por último por su asombrosa unión política, que se ha desarrollado desde que se firmó en 1951 en París el Tratado Constitutivo de la Comunidad

⁸⁵ *Ibidem*, p. 91

Europea del Carbón y del Acero (CECA) hasta consolidarse como ahora lo conocemos en nuestros días.

Dentro de este último punto cabe hacer mención de los actuales miembros de la Unión Europea.⁸⁶

- Alemania
- Austria
- Bélgica
- Bulgaria
- Chipre
- Dinamarca
- España
- Eslovaquia
- Eslovenia
- Estonia
- Finlandia
- Francia
- Grecia
- Hungría
- Irlanda
- Italia
- Letonia
- Lituania
- Luxemburgo
- Malta
- Países Bajos
- Polonia
- Portugal
- Reino Unido
- República Checa
- Rumania

⁸⁶ En http://europa.eu/abc/governments/index_es.htm#candidate fecha de consulta: 1 de octubre de 2010

- Suecia

Desarrollo de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea

La Unión Europea se basa en un sistema institucional único en el mundo. Los Estados miembros aceptan delegar una parte de su soberanía en instituciones independientes que representan a la vez los intereses comunitarios, los nacionales y los de los ciudadanos. La Comisión defiende tradicionalmente los intereses comunitarios, todos los Gobiernos nacionales están representados en el Consejo de la Unión y los ciudadanos de la Unión eligen al Parlamento Europeo directamente. Así, Derecho y democracia constituyen los fundamentos de la Unión Europea.

En materia de Seguridad Social no se cuenta aún con una legislación uniforme en materia de los seguros sociales común a todos los países miembros. Sin embargo, existen Convenios y Tratados Internacionales, así como la Carta Europea, donde se incluyen lineamientos básicos del Derecho a la Seguridad Social para todo el territorio europeo. Además los Reglamentos europeos se ocupan no ya de unificar los regímenes de Seguridad Social sino de que éstos no sean un obstáculo a la libre circulación. Por tal motivo considero importante analizar la Seguridad Social en los siguientes párrafos de la Carga Comunitaria de las Garantías Sociales de los Trabajadores y la Normativa en Materia de Seguridad.

Existe un nexo (el cual sin ser obligatorio es legal) denominado Carta Comunitaria de las Garantías Sociales de los Trabajadores –Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte del An de 1989,⁸⁷ el cual sirve a los Jefes de Gobierno de los Estados miembros de la UE como base y punto de referencia central para la conformación del Derecho Social Europeo, retomándose en ésta las garantías sociales consignadas en la Carta de los Derechos Sociales de la UE (Niza), tales como la Seguridad Social, la Asistencia Social y la Protección Sanitaria.

⁸⁷ Cfr. Binder, Martin, *Österreichisches Sozialrecht*, Verlag Orac, 2. Auflage, Wien, Austria, 2002, p. 2

A través de ésta carta se concretizan los siguientes principios fundamentales:

a) Principio territorial del empleo –Beschäftigungslandprinzip. Este se rige por el lugar de empleo y no del domicilio legal del trabajador, por lo que serán responsables del seguro social del trabajador los países receptores del empleado.

b) Prestaciones para los trabajadores interinos –Leistungsaushilfe. Por ejemplo el Instituto del Seguro Social del domicilio del trabajador interino será responsable de la atención sanitaria y en cuanto a la exportación de prestaciones será posible transferir las pensiones al país de residencia independientemente del país donde se genera el derecho prestacionario.

c) Suma de los periodos de aseguramiento –Zusammenrechnung von Versicherungszeiten. Este principio permite que los tiempos de espera y cotización generados en diversos Estados miembros sean sumados conforme a la legislación local.

d) Mandato de trato igualitario –Gleichbehandlungsgebot. Mediante decisión del Tribunal Europeo –EuGH se estableció que los familiares dependientes residentes en otro país tendrán los mismos derechos prestacionarios a los derechos generados por el asegurado para sus derechohabientes.

e) Principio de antiacumulación –Antiakumulierungsprinzip. Este principio no permite la acumulación de prestaciones devengadas de la generación del derecho prestacionario.

f) Asistencia administrativa recíproca –wechselseitige Amtshilfe. En caso de requerirse para el enteramiento de cotizaciones y sobre todo para la obligación del reconocimiento de resultados de diagnóstico a análisis médicos.⁸⁸

Cabe también señalar que existe actualmente una Normativa Comunitaria en materia de Seguridad Social, la cual se desarrollará en el siguiente punto.

⁸⁸ Idem. p. 8

La normativa Comunitaria en Materia de Seguridad Social

Esta normativa existe desde hace más de 35 años e incluye todas aquellas disposiciones que estén relacionadas con la Seguridad Social de la UE. Ha sido renovada constantemente, se encuentra contenida en los Reglamentos No. 1408/71 y 574/72,⁸⁹ estos incluyen soluciones prácticas para la mayoría de los problemas transfronterizos que surgen en materia de Seguridad Social.

El Reglamento número 1408/71 contiene disposiciones relativas a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia y sus familias que se desplazan dentro de la UE, mientras que el reglamento número 574/72 del Consejo, del 21 de marzo de 1972, establece las modalidades de aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familias que de igual forma se desplacen dentro de la Unión Europea.⁹⁰

La Normativa Comunitaria en Materia de Seguridad Social hace posible que los ciudadanos de la Unión Europea pueden ejercer su derecho de libre tránsito y residencia bajo la protección de la Seguridad Social, en específico gozando de las prestaciones que otorga el seguro social como instrumento de la Seguridad Social

Problemas que no podría resolver la legislación nacional en materia del Derecho de la Seguridad Social en cada uno de los países miembros de la Unión Europea son resueltos eficazmente por la Normativa Comunitaria en Materia de Seguridad Social.

Por ejemplo:

- ¿Quién paga la factura del hospital en caso de accidente o enfermedad durante la estancia en el extranjero?

⁸⁹ Cfr. *Ojeda Avilés, Antonio y Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, Seguridad Social de la Unión Europea, Ed. Tecnosl, Madrid, España, 1994*

⁹⁰ Idem

- ¿Quién paga la pensión de un trabajador que ha estado varios años realizando su actividad laboral en el extranjero, ya sea en uno o varios países?
- Los trabajadores fronterizos sujetos a una relación laboral con alguna compañía extranjera, ¿tendrán derecho a subsidios por desempleo? Y en su caso ¿Quién debe pagarlos?
- ¿En qué países deben pagarse las cotizaciones al seguro social? ¿En el de origen o en donde se labora?
- En caso de que el trabajador en el extranjero haya dejado su familia en el país de origen, ¿Tienen ellos asignaciones por familia o derecho como beneficiarios al seguro social?

La Normativa Comunitaria en Materia de Seguridad Social no sustituye a los sistemas tan diversos de Seguridad Social en cada Estado miembro de la UE por un sistema único, la tarea primordial de cada lineamiento de esa normativa es la armonización de dichos sistemas. Cada Estado miembro es libre en cuanto a su legislación y aplicación en materia de Seguridad Social, así como la reciprocidad del otorgamiento de las prestaciones a los asegurados. La regla máxima de esta normativa es que el trabajador se encuentra asegurado en el país donde labora y no de donde es originario o tiene su domicilio legal, por lo que la obligación prestacionaria recae en el país miembro empleador salvo contadas excepciones:

- Marineros que trabajan a bordo de un barco con bandera de un Estado miembro, estarán asegurados en ese Estado incluso si residen en otro país.
- Trabajadores del transporte internacional que trabajan para una empresa que presta servicios de transportes internacionales por ferrocarril, carretera, aire o navegación fluvial (excepto marineros), estarán asegurados en el Estado miembro en el que esté radicada su empresa (excepto si trabaja para una sucursal o agencia de la empresa en otro Estado miembro o si trabaja principalmente en el país que vive).

- Los funcionarios estarán asegurados en el país de la administración pública para la que trabaja.
- Las personas militares estarán sujetos a la legislación del país en cuyas fuerzas armadas estén sirviendo, lo cual es también válido para el servicio civil.⁹¹
- Las personas contratadas por las embajadas o consulados por regla general estará aseguradas en el Estado donde trabajan, sin embargo, si es ciudadano del país representado pueden optar por estar asegurados en ese Estado.

Esta normativa aplica sólo a los miembros de la UE y en específico serán protegidos por la misma, las personas que caigan dentro de los supuestos siguientes:⁹²

- Trabajadores por cuenta ajena o cuenta propia que son ciudadanos de un Estado perteneciente a la Unión Europea y que están o han estado asegurados en dichos Estados.
- Jubilados que son ciudadanos de estos Estados, incluso si ya eran jubilados cuando su país se adhirió a la UE.
- Miembros de las familias y supervivientes de los asegurados o jubilados, independientemente de su nacionalidad. Sin embargo, su protección será limitada a los derechos derivados del trabajador o pensionista en cuestión. La legislación del Estado de residencia establece quienes forman parte del núcleo asegurado.
- Los funcionarios y sus familiares sólo están protegidos en la medida en que no estén afiliados a un régimen especial para funcionarios, sino a un régimen general que cubre a la totalidad de la población activa.

⁹¹ *En varios países europeos se contempla paralelo a la figura del servicio militar la opción de realizar un su lugar el servicio civil, esta opción es importante para todos aquellos jóvenes que no quieren cubrir ese requisito en las Fuerzas Armadas de su país de origen.*

⁹² *Empleo y asuntos sociales, Sus derechos de Seguridad Social cuando se desplaza en la Unión Europea, Comisión Europea, Alemania, 1997, p. 4*

Las excepciones a este núcleo de beneficiarios las constituyen los siguientes casos considerados como especiales:

- Estudiantes y personas discapacitadas
- Funcionarios afiliados a un régimen especial para funcionarios y
- Ciudadanos de terceros países, es decir de aquellos países que no forman parte de la UE.

Prestaciones que incluye la Normativa Comunitaria de Seguridad Social:

- Todas aquellas que la legislación de cada país miembro conceda a sus derechohabientes en las ramas del seguro de enfermedades y maternidad y riesgos de trabajo (enfermedades profesionales y accidentes de trabajo)
- Prestaciones de invalidez
- Prestaciones por vejez
- Prestaciones por supervivencia
- Indemnizaciones por fallecimiento
- Subsidios de desempleo
- Subsidios familiares

Cada Estado miembro de la UE es libre de decidir qué prestaciones estarán garantizadas y en qué condiciones, cómo se calculan estas prestaciones y cuántas cotizaciones deben pagarse, así como a quién se asegurará de acuerdo con su legislación. Es por eso que la normativa comunitaria establece normas y principios comunes que tienen que ser observados por todas las autoridades, instituciones de Seguridad Social y tribunales de cada país cuando aplican las leyes nacionales. De este modo se asegura que la aplicación de las diferentes legislaciones nacionales no afectará negativamente a las personas que ejercen su derecho de trasladarse y residir en la Unión Europea.

Una vez presentado el panorama de la Seguridad Social en el contexto político de la Unión Europea, es dable considerar algunas reflexiones comparativas entre las posibilidades que ofrece la Normativa Comunitaria de Seguridad Social a los

ciudadanos de la Unión Europea y nuestro sistema de Seguridad Social mexicano.

1º La transferencia de cotizaciones entre instituciones nacionales permite que no se pierdan derechos devengados por el trabajo dentro de un país y la reciprocidad aumenta esa posibilidad fungiendo como la transferencia de cotizaciones interna.

En México no hemos alcanzado siquiera la primera fase de la transferencia de las cotizaciones. Con el sistema privatizado de pensiones se pretende lograrlo sin que aún los asegurados del ISSSTE y el ISSFAM puedan contar con una cuenta única de ahorro para el retiro.

2º La transferencia de prestaciones y en específico de pensiones permite la verdadera movilización de los miembros de la UE, en México sólo se permite mediante convenios internacionales a los trabajadores de empresas o algunos gobiernos extranjeros.

3º La protección médica en vacaciones es una realidad que permite proteger contra el riesgo de la enfermedad o de los accidentes que no tengan su causa directa en las actividades laborales, otorgando las prestaciones en especie requeridas fuera del país donde se originó el derecho. Esto tiene lugar sólo dentro de la UE, por el contrario en México fuera de la aseguración privada, salir del país significa quedar sin protección de nuestros seguros sociales.

4º El seguro para la familia es indispensable, por lo que la UE ideó esta forma para proteger a los dependientes del asegurado, sin importancia de si radican o no dentro del mismo país que el asegurado. Por nuestra parte en México no contamos con tal posibilidad, la modalidad más actualizada semejante es el seguro para la familia a través de la cual se permite a un mexicano que radique en el extranjero, asegurar dentro del país a sus dependientes previo pago por cada uno de ellos, por adelantado y en anualidades y sólo en la rama de enfermedades y maternidad.

Son muchos los cambios que requiere nuestro seguro social, sin embargo como se pudo apreciar la Norma Comunitaria en Materia de Seguridad Social es producto de un proceso de medio siglo, esperemos que con trabajo logremos en este siglo avances significativos en la internacionalización de nuestra Seguridad Social.

2.3.5 La “protección” de la Seguridad Social en Estados Unidos de América

Como se ha podido observar en los puntos de éste capítulo referentes al desarrollo histórico de la Seguridad Social, tal proceso en los Estados Unidos de América merece particular interés, lo anterior debido a la peculiaridad que afloró tanto ahí como en el Reino Unido, producto de la corriente económico-política neoliberalista llevada a los escenarios sociales en los correspondientes sistemas económicos por Ronald Reagan y Margaret Thatcher.

Reseña Histórica:

Los Estados Unidos de América mostraron real interés al bienestar social como corriente eminentemente europea a partir del advenimiento de Franklin Roosevelt y su política del “*New Deal*”. Con la adopción del Acta (Ley) de Seguridad Social firmada en 1935 emerge el Estado Federal del Bienestar Social Estadounidense cubriendo a los trabajadores de la industria y el comercio.

El Acta de Seguridad Social constituye aún hoy en día la base de la Seguridad Social estadounidense por lo que consideramos importante señalar algunos aspectos que en ella se contienen:

En la página 32 de la referida Acta se establece como intención:

“Ofrecer bienestar general mediante el establecimiento de un sistema federal de prestaciones para la edad avanzada y apoyar a algunos estados para mejorar sus provisiones destinadas la vejez, a las personas ciegas, a los niños dependientes y abandonados, a la maternidad, a la salud pública y a la administración de la

*compensación por el desempleo establecido por Ley; instaurar un Consejo de Seguridad Social; generar ingresos; y otros propósitos”.*⁹³

Posteriormente las enmiendas de 1939 añadieron las prestaciones del seguro social a los beneficiarios de los trabajadores que hasta ese momento no se contemplaban como derechohabiente. Este cambio transformó el seguro social de ser un programa de jubilación para individuos a ser un programa de seguridad económica basado en la familia.

Con el transcurrir del tiempo se realizaron diversas enmiendas, cuyos objetivos consistieron en ampliar la cobertura de aseguración y el núcleo de derechohabientes (v.gr. profesionistas independientes en 1956); sin embargo, se incluyeron en las citadas enmiendas aumentos en los requisitos prestacionarios, tales como el aumento de la edad de jubilación.

Al inicio de la década de los 80's, el programa de seguro social enfrentó una seria crisis financiera. Ronald Reagan como presidente norteamericano en esos años nombró una comisión de notables conocida como la Comisión Greenspan, para estudiar las finanzas y recomendar cambios legislativos. La enmienda final, firmada en 1983, hizo numerosos cambios en los programas de seguro social y Medicare. Dentro de los principales cambios destacan:

- La tasación de beneficios
- La aseguración a empleados federales
- El aumento de la edad de jubilación completa
- El incremento a la reserva de los Fondos Fiduciarios del Seguro Social

Otra reforma importante fue la conocida como “Reforma del Bienestar” *Welfare reform*, firmada por el Presidente Clinton en agosto de 1996.⁹⁴ Mediante esta

⁹³ *El Acta de Seguridad Social se encuentra en la Conferencia Nacional del Trabajo Social, The Report of the Comité on Economic Security of 1935 und Other Basic Documents (Washington, D.C.: NCSW, 1985). Citado por CISS, La Seguridad Social en Estados Unidos de América, Series monográficas, No. 10, México, 1994, p. 9*

reforma se endurecieron las reglas para los beneficios a niños discapacitados y peor aún se excluyeron de los beneficios de la Seguridad Social a los no ciudadanos residentes en ese país.

El Informe de los Fiduciarios de la Seguridad Social de 1999 indicó que la responsabilidad sin financiación del Sistema de Jubilaciones de la Seguridad Social ha aumentado 752 mil millones de dólares desde la publicación del Informe de los Fiduciarios de 1998. Esto eleva la responsabilidad no financiada a más de 19 billones de dólares, por lo que el sistema de la Seguridad Social comenzará a mostrar déficits en el año 2012 y para el 2029 los fondos en fideicomiso se habrán agotado.

En tales circunstancias se puede afirmar que Estados Unidos engrosará la lista de los países americanos que han optado por la privatización del sistema de pensiones, convirtiendo su seguro social en un híbrido, parte de sus ramas del seguro funcionarán mediante la herencia del modelo de reparto y parte del modelo de capitalización como sucede ya en México.

Organización de la Seguridad Social:

La idea del seguro social es simple en este país: durante los años de trabajo retribuido, los empleados, los patrones y los trabajadores independientes, pagan cuotas al seguro social, las cuales vienen a formar un fondo especial dentro de la administración pública, en específico controlado por la Tesorería Nacional.

Los principios más importantes de la Ley de Seguridad Social contienen un programa de prestaciones en dinero, en forma de pensiones de vejez, sobrevivencia e invalidez y un seguro de enfermedad para las personas de edad avanzada y los enfermos en general.

⁹⁴ Cfr, <http://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm#developmentofssa> fecha de consulta: 16 de agosto de 2010

Se puede afirmar que casi la totalidad de los tipos de empleos y trabajos por cuenta propia se encuentran bajo la protección del seguro social. Aunque como dato particular en un artículo publicado en el boletín del Instituto Nacional de Previsión Social en Argentina, se señalaba que “...en la década de los setentas los empleados públicos y ferroviarios constituían los principales grupos no cubiertos por el seguro social”.⁹⁵ resulta curioso este dato si se toma en cuenta que uno de los seguros sociales que primero se implementó en nuestro país fue el de los trabajadores al servicio del Estado.

En la actualidad el 95% de los titulares de relaciones de trabajo o trabajadores independientes es cubierto por la Seguridad Social.⁹⁶ El nexo jurídico dentro del seguro social no se da con la persona como asegurado, sino nace del tipo de trabajo, a diferencia de México, donde la relación de trabajo determina el tipo de aseguramiento.

Al igual que en el seguro social en México, para que un trabajador tenga derecho a prestaciones, así como sus dependientes económicos, es necesario satisfacer primero los tiempos de cotización (contados en trimestres) y los tiempos de espera respectivos a cada contingencia asegurada.

La Seguridad Social en Estados Unidos funciona en base a diversos programas:⁹⁷

- Programas de seguro social
- Programas de salud
- Programas para grupos especiales y
- Programas de apoyo al ingreso

⁹⁵ Boletín del Instituto Nacional de Previsión Social, Secretaría de Estado de Seguridad Social, No. 110, Buenos Aires, Julio, 1967, p. 510

⁹⁶ Dato obtenido en <http://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm#developmentofssa> fecha de consulta: 16 de agosto de 2010

⁹⁷ Para ampliar el tema de los programas de Seguridad Social en Estados Unidos consúltese: CISS, La Seguridad Social en Estados Unidos de América, *op. cit.*

Programas de seguro social

Estos contemplan, en base al tipo de trabajo, diversos seguros que se pueden englobar en cuatro básicamente:

1. Seguro de vejez, muerte e incapacidad, nombrado "OASDI" (Old Age, Survivors, and Disability Insurance). Mediante este seguro se otorgan pensiones mensuales en efectivo para sustituir parcialmente los ingresos que pierden los trabajadores cuando se jubilan por edad avanzada, sufre de incapacidad severa o en su caso fallece. Por estar formulado bajo la base contributiva del seguro social, los trabajadores subordinados o independientes pagan cuotas sobre sus ingresos, que junto a las cuotas patronales por la misma cantidad proporcionan la mayor parte de los ingresos para financiar las pensiones.
2. Seguro de desempleo. Los programas de seguro de desempleo están diseñados para proporcionar prestaciones a los trabajadores que involuntariamente pierden su empleo y están dispuestos a aceptar un trabajo apropiado. El financiamiento para dichas prestaciones económicas se derivan de las cuotas patronales y las estatales, para lo cual los Estados no cobran impuestos, sino que los fondos son asignados anualmente por el Congreso, derivado de los impuestos de los productos del impuesto al desempleo para la "*adecuada y eficiente administración*" de los gobiernos federal y estatales.
3. Seguro de riesgos laborales. La indemnización de los trabajadores se diseñó para proporcionar subsidios en efectivo y atención médica cuando los trabajadores sufren lesiones como resultado de su trabajo, así como pensiones para los dependientes de un trabajador fallecido a consecuencia de riesgo laboral. Cabe señalar que no es un programa federal sino por el contrario son de aplicación estatal y en base al tipo de trabajo, por lo que los 50 Estados cuentan con diversos programas y prestaciones. Los programas de indemnización a los trabajadores están financiados en su mayoría por los patrones, bajo el principio de que el costo de los

accidentes de trabajo son un gasto de la empresa. Cabe señalar que sólo unas cuantas leyes estatales incluyen cuotas nominales por empleado cubierto para obtener prestaciones médicas y hospitalarias más altas.

4. Seguro de subsidio por enfermedad no profesional. Cinco Estados, Puerto Rico y la industria ferrocarrilera tienen programas de seguro social que compensan parcialmente la pérdida de salarios causados por una incapacidad temporal no ocupacional o por maternidad. Estos programas son conocidos como seguro de incapacidad temporal porque los pagos tienen un límite de duración variable según el Estado.⁹⁸ La aseguración voluntaria para esta contingencia es mucho más difundida que la propia rama del seguro social.

Programas de salud:

1. Medicare. El título XVIII de la Ley de Seguridad Social, llamada Seguros de Salud para los Ancianos e Incapacitados (para laborar debido a una enfermedad no profesional), se conoce comúnmente como Medicare. Como parte de las enmiendas de Seguridad Social de 1965, la legislación de Medicare estableció un programa de seguros de salud para los ancianos con el fin de complementar sus prestaciones, básicamente pensiones e incapacidad, contemplados en algunos otros títulos de la Ley de Seguridad Social.

El programa Medicare consta de 2 partes: seguro de hospital (SH), también conocido como parte A, la cual se otorga de manera automática a las personas mayores de 65 años y a la mayoría de las personas incapacitadas por 24 meses o más que tienen derecho a las prestaciones de Seguridad Social y el seguro médico complementario (SHC), también conocido como parte B, el cual es opcional y debe pagarse mediante una prima mensual.

⁹⁸ CISS, *La Seguridad Social en Estados Unidos de América*, op. cit., p. 101

Los gastos de este programa se cubren de dos fondos fiduciarios, el seguro de hospital se paga del impuesto al salario y el seguro complementario lo pagan directamente los beneficiarios en conjunto con el Estado a través del erario federal. Cabe señalar que ambos seguros requieren de una responsabilidad compartida de financiamiento obrero-estatal.

2. Medicaid. El Título XIX de la Ley de Seguridad Social es el programa denominado Medicaid, el cual opera de manera conjunta entre el Estado Federal que proporciona asistencia médica a ciertos individuos y familias de bajos recursos e ingresos. En pocas palabras este es el programa de salud más grande en Estados Unidos que brinda servicios médicos a las personas más pobres de ese país.

Este programa opera de manera nacional y el gobierno federal les permite a los gobiernos estatales:

- Establecer sus propios estándares de elegibilidad
- Determinar el tipo, cantidad, duración y rango de servicios
- Establecer la tasa de pagos de servicios
- Administrar su propio programa estatal.⁹⁹

Programas para grupos especiales:

Dentro de estos programas se contemplan el apoyo a los veteranos del servicio militar, los programas para empleados públicos que otorgan prestaciones relativas a la jubilación, discapacidad, sobrevivientes, el seguro de enfermedad con goce de sueldo, indemnizaciones por accidentes laborales y seguro de desempleo y el programa de jubilación de los trabajadores ferrocarrileros.

Programas de apoyo al ingreso:

Estos programas están concebidos para otorgar prestaciones a las personas con necesidad económica, son programas que incluyen desde a los indigentes hasta

⁹⁹ *Cfr. Ibidem, pp- 117-140*

todos aquellos, cuyos ingresos se encuentren por debajo del nivel de subsistencia.

Dentro de estos programas se incluyen el de Ingreso Complementario al Régimen de la Seguridad Social, subsidios a familias con hijos dependientes, Programa Complementario de Despensa para Mujeres, Infantes y Niños y Programas para Indigentes.

2.3.6 El sistema de Seguridad Social Latinoamericano

América Latina es un subcontinente formado de 24 países, con 20,522,467 kilómetros cuadrados y hasta el año 2005 con 546,384,680 habitantes,¹⁰⁰ según datos estadísticos proporcionados por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

España descubrió y colonizó a casi todo el subcontinente, dando ese lazo que une tan estrechamente a los latinoamericanos, por ello y en virtud de que se trata de un bloque de países capitalistas dependientes, es posible reflexionar sobre la política contemporánea de Seguridad Social aplicada en la citada región geográfica.

La geografía de la región constituye la plataforma que sustenta en gran parte el desarrollo económico por la enorme riqueza en productos naturales no renovables, como el petróleo y la minería, por lo que es la geografía parte condicionante de la economía misma, ya que determina las actividades básicas de cada país, por lo que se puede resumir que el subcontinente está formado por países agricultores, ganaderos y petroleros.

En Latinoamérica, el venezolano Simón Bolívar (1783-1830) fue el primero en utilizar el término de Seguridad Social cuando el 15 de febrero de 1819, en su

¹⁰⁰ Latin American: Population Estimates and Projections by Calendar Years and Single Ages, Both Sexes 1995-2000. En <http://www.eclac.org/publicaciones/Poblacion/9/LCG2099P/boldem6601.htm> fecha de consulta: 23 de septiembre de 2006

célebre discurso de Angostura (hoy ciudad Bolívar), que tuvo como finalidad proponer un proyecto de constitución para Venezuela, expresó: “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que produce mayor suma de felicidad posible, mayor suma de Seguridad Social y mayor suma de estabilidad política.”¹⁰¹

El desarrollo latinoamericano de la Seguridad Social se presenta en la década de los años 20's, con el surgimiento de los seguros sociales en algunos países (Brasil, Chile, Argentina, Cuba)¹⁰² y con la elevación a garantía social de dichos derechos (v.gr. México). Los seguros sociales surgen de la mano de la protección a los riesgos de trabajo aumentando con el paso del tiempo su cobertura prestacionaria y de derechohabientes.

Dentro del contexto de la Seguridad Social actualmente, los aspectos de subsistencia más afectados en Latinoamérica son:

- La vivienda. Las instituciones de Seguridad Social intervienen en materia de vivienda creando fondos para el financiamiento de la adquisición o construcción de casas, que los trabajadores pagan mediante años de abonos de su sueldo. Lo anterior debido a que el acceso a una vivienda digna resulta imposible para todo el grueso de trabajadores latinoamericanos que obtienen un salario mínimo como remuneración laboral.
- La alimentación. La situación económica en Latinoamérica afecta principalmente a la población de la clase marginada, donde los patrones de desnutrición no se registran ahora sólo en los niños, sino en los adultos también. Pese a los esfuerzos que la Seguridad Social ha realizado en el rubro de la medicina preventiva, intentando a través de información prevenir la desnutrición, los factores como la extrema pobreza acentúan los índices de desnutrición.
- La salud. La Seguridad Social estriba sus esfuerzos en la medicina curativa con la intención de extender su núcleo de asegurados y ampliar su

¹⁰¹ En: <http://www.ensayistas.org/antología/XIXA/bolívar/bolivia2.htm>

¹⁰² *De Buen L., Néstor, Seguridad Social, op. cit., p. 202*

cobertura prestacionaria. Dentro de las prestaciones médicas que oferta la Seguridad Social en esta región se contemplan las encaminadas a erradicar enfermedades típicas de la región en base a su geografía y características climatológicas, algunas de esas enfermedades son como lo refieren las doctoras Adalia F. Lee y Mercedes Vides: dengue, malaria, leishmaniasis, lepra, rabia, fiebre amarilla, oncocercosis, tuberculosis, peste bubónica y cólera.¹⁰³

- La educación. La participación directa de la Seguridad Social en la educación se da a través de los programas asistenciales mediante los cuales se proporcionan apoyos económicos para que los niños y jóvenes puedan continuar estudiando. Es decir, programas de becas.

A consecuencia del neoliberalismo se presenta como fenómeno económico en toda Latinoamérica la privatización, misma que llega hasta la Seguridad Social mediante la privatización de servicios encargados originalmente a los seguros sociales. Desafortunadamente se carga la culpa a la Seguridad Social de los excesivos gastos que ésta origina para cubrir las prestaciones que por ley corresponden a los trabajadores y sus familias, situando dentro del contexto social a la figura de la Seguridad Social como un problema más y no la solución a los problemas sociales que es. Los factores contundentes que azotan a la Seguridad Social en Latinoamérica derivados de las economías dependientes son:

- Desempleo. Al aumentar las tasas de desempleo, las contribuciones a los seguros sociales dependientes de las relaciones formales laborales automáticamente descienden, originando déficits presupuestarios.
- Inflación. Este fenómeno económico consiste en el crecimiento generalizado y continuo de los precios de los bienes, servicios y factores productivos de un país. La inflación implica por tanto la reducción de la capacidad adquisitiva del dinero y con ello se daña severamente las prestaciones económicas que se otorgan bajo la protección de la

¹⁰³ F. Lee Ramos, Adalia y Vides Ovar, Mercedes, *La Salud y la Seguridad Social en América Latina, Instituto Mexicano del Seguro Social, México, 1989, pp. 44-46*

Seguridad Social; un ejemplo tangible de ello son las pensiones, cuyos montos debido a índices inflacionarios altos perjudican a los jubilados. En Latinoamérica en general para combatir este problema se ha optado por privatizar las pensiones, independientemente de que esta medida vaya en contra de los principios del Seguro Social, de la Seguridad Social y del mismo Derecho Social.

- Emigración. La emigración es un fenómeno que se presenta como verdugo de la Seguridad Social, la esperanza de forjar una vida de mayor calidad para sí mismos y sus familias obliga a muchos latinoamericanos a abandonar por años y a veces de por vida su lugar de origen, para trasladarse a países de economías más desarrolladas, siendo el principal país de llegada, los Estados Unidos de América. Algunas de las consecuencias directas para la Seguridad Social que esto origina es la falta de contribuciones a los seguros sociales de trabajadores formales que se van a otras naciones, el desamparo por parte de los seguros sociales de los familiares que permanecen en Latinoamérica, aunado a que con el transcurrir del tiempo cuando regresen los migrantes, no reunieron las cotizaciones necesarias para pensionarse y muchas veces dependen de la ayuda que les pueda brindar la asistencia social.
- Trabajo informal. El cual se encuentra en constante crecimiento a consecuencia del aumento de la población, la falta de dinamismo de la economía latinoamericana y las estructuras incapaces de crear empleos al ritmo de la demanda.¹⁰⁴
- Prestaciones insuficientes. Desafortunadamente los niveles de las prestaciones de Seguridad Social varían mucho entre una gran metrópoli y las poblaciones rurales, lo cual de suyo representa un problema a

¹⁰⁴ De Buen Lozano proporciona el dato de que la relación de productividad del trabajo informal representa la relación de tres y medio veces a uno, por regla general con poco más de la mitad del tiempo de trabajo.

solucionar; sin embargo, las prestaciones que se otorgan aún en las ciudades suelen ser insuficientes, (v.gr. El monto de pensiones).

Una de las posibilidades reales que se debe tomar en cuenta para elevar el desarrollo económico de esta región geográfica y en específico de la materia que nos ocupa es: la integración (en su acepción de proceso y situación de las actividades de producción y comercio recíprocos). En Latinoamérica en general la Seguridad Social depende principalmente del nexo laboral, su estructura converge indistintamente en el empleo formal.

Si bien es cierto como afirma R. Moles: “En síntesis puede afirmarse que en América Latina las realidades regionales actúan como fuerzas catalizadores de las teorías y fórmulas clásicas, las cuales sufren modificaciones o adaptaciones con arreglo a las peculiaridades económicas, políticas, sociales, psicológicas y culturales que plasman la originalidad americana”,¹⁰⁵ la integración latinoamericana ha iniciado su evolución regional y tengamos la esperanza que es parte del desarrollo de integración del sub-continente.

Los primeros pasos hacia la integración latinoamericana se dieron en la década de los 50's, sin embargo, se puede hablar del desarrollo de modelos diversos:

- El primero, constituido por la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) trató de eliminar gradualmente las barreras (aduaneras) que se oponían al comercio interregional, sin establecer un arancel extremo común, ni prever medidas de coordinación políticas internas o externas.
- El segundo tipo estuvo representado por la creación de mercados comunes subregionales, como el Grupo Andino, la Comunidad del Caribe (CARICOM) y el Mercado Común Centroamericano (MCCA), los cuales fueron verdaderas uniones aduaneras, con un amplio grado de

¹⁰⁵ Moles, Ricardo R., La integración Latinoamericana y la Seguridad Social, *Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, Cuadernos Técnicos No. 8, México, s.a., p. 37*

homogeneidad en la política, resultado de la similitud estructural y económica de sus miembros.

- El tercer modelo corresponde a la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) constituida en 1980, que reemplaza a la ALALC y proporciona un marco para la negociación de tratados multilaterales de comercio basados en tratados bilaterales.
- En cuarto lugar podríamos ubicar al Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Al respecto se debe señalar que en materia de Seguridad Social en la Declaración Socio-Laboral del MERCOSUR, signada por los Jefes de Estado de los países miembros, en la Ciudad de Brasilia, el día 10 de diciembre de 1998, se estableció en el artículo No. 19 lo siguiente:
- “Art. 19. Los trabajadores del MERCOSUR tienen derecho a la seguridad social, en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales.

Los Estados Parte se comprometen a garantizar una red mínima de amparo social que proteja a sus habitantes frente a la contingencia de riesgos sociales, enfermedades, vejez, invalidez y muerte, buscando coordinar las políticas en el área social, de forma de suprimir eventuales discriminaciones derivadas del origen nacional de los beneficiarios”

Como se puede observar, en la citada declaración, se contempla un intento de unificación de políticas laborales y de Seguridad Social; sin embargo, mediante los modelos presentados no se ha llegado aún a políticas comunes latinoamericanas en la materia de estudio, por lo que la planeación nacional individual en conjunto con los vecinos, creo que permitiría la coordinación, estandarización y elevación de las prestaciones de Seguridad Social en esa región del planeta.

CAPÍTULO TERCERO DEL SEGURO SOCIAL

3.1 Organización del Seguro Social en México

Respecto de la organización del Seguro Social en México es de señalarse primeramente que los principales institutos del seguro social que operan a nivel nacional en México son: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) y el Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT), los cuales se encuentran organizados como organismos descentralizados y están constituidos como personas jurídicas con autonomía y patrimonio propio, que son dirigidos a través de cuerpos colegiados tripartitos (Estado, trabajadores o prestadores de servicios y empleadores u organizaciones patronales); el número tan reducido de institutos, aunado a que la cobertura de cada uno a nivel nacional e integral, es decir que otorgan cada uno a nivel nacional prestaciones de todas las ramas del seguro social (a excepción del INFONAVIT que otorga sólo prestaciones de vivienda) y esto ocasiona *“concentración de poder”*.

Cabe señalar que los seguros sociales se organizan en función a la relación de trabajo, por lo que los institutos del seguro social se dividen el núcleo de asegurados en función a la actividad laboral que realizan, siendo la división citada a la siguiente:

- ISSSTE: trabajadores al servicio del Estado
- ISSFAM: miembros de las fuerzas armadas mexicanas
- IMSS: trabajadores por cuenta ajena e independientes

De cualquier forma el seguro social es el instrumento más eficaz de la Seguridad Social mexicana, debido a su propio financiamiento y a su amplia gama prestacionaria, ya que en él se incluyen las prestaciones básicas, obligatorias,

públicas y contributivas que conforman la base de cualquier red de protección social.

3.2 Vínculo de aseguramiento

El vínculo jurídico existente entre el seguro social y sus asegurados, así como hacia beneficiarios y patrones, constituye derechos y obligaciones en el marco del Derecho del Seguro Social,¹⁰⁶ esta relación de aseguramiento constituye el objeto del Derecho del Seguro Social, mismo que se conceptualiza como rama del Derecho integrado por un conjunto de normas jurídicas, contenidas en las leyes del seguro social promulgadas para regular los diversos seguros sociales de nuestro país, su organización y las prestaciones que de acorde a la Ley Suprema, se otorgarán.

Ahora bien, otro factor a tomar en cuenta es que estas normas regulan el funcionamiento de los seguros sociales que protegen a sólo una parte de la población, que se encuentra bien definida en las propias leyes, es decir, a los trabajadores con derecho de aseguración (asegurados) y sus beneficiarios; y a los pensionados (personas que han dejado de ser activas en el campo laboral, pero que sin embargo, generaron el derecho a seguir gozando de la protección de los seguros sociales sus respectivos beneficiarios).

Y como último factor a considerar, es la protección brindada por las leyes de la materia, la cual está bien delimitada. Protección que se abocará principalmente a cubrir los riesgos profesionales y sociales.

Por tal motivo, por Derecho del Seguro Social entendemos el conjunto de normas e instituciones jurídicas que protegen a los individuos establecidos en las propias leyes, únicamente frente a las contingencias profesionales, sociales y naturales que la misma ley determine.

¹⁰⁶ Cfr. Brodil, Wolfgang/Windisch-Graetz, Micaela, Sozialrecht in Grundziigen, WUV Universitätsverlag, 3.Auflage, Wien, 1998

3.2.1 Formas de aseguramiento:

Primera. Bajo el régimen de aseguramiento obligatorio, el cual se da ipso iure con el establecimiento de la relación laboral. Cabe señalar que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena o subordinados, la responsabilidad de formalizar el aseguramiento recae en el empleador, mediante la inscripción del trabajador en el IMSS, sin que por ello dicha relación de aseguramiento sea inexistente antes de que el empleador la formalice. En lo que respecta a los servidores públicos con derecho a aseguración en el ISSSTE es su propia dependencia de gobierno, la que en el carácter de patrón hará los trámites necesarios para darlos de alta como asegurados del instituto. Bajo este supuesto la relación de aseguramiento, su inicio, duración y término es independiente de la voluntad de los asegurados, empleadores y de los propios institutos del seguro social, debido a que la relación de aseguramiento se acciona automáticamente al iniciar la relación laboral y después se rige para su duración y terminación en lo establecido por la LSS y demás aplicables.

Segunda. Por incorporación voluntaria la relación se concretiza con la afiliación que el propio asegurado realiza. Por lo tanto la relación de aseguramiento será inexistente hasta que no se formalice mediante la satisfacción de los requisitos, que los propios institutos establecen y la afiliación efectuada por el propio sujeto de aseguramiento.

De conformidad con lo anterior, las posibilidades para ser un sujeto de aseguramiento en el sistema del seguro social en México son dos: mediante el aseguramiento obligatorio y el aseguramiento de incorporación voluntaria con sus respectivas modalidades: continuación voluntaria en el régimen obligatorio e incorporación voluntaria al seguro médico, modalidades que serán analizadas en el punto siguiente.

Cada instituto incluye, en base a su ley, diversas modalidades de incorporación, sin embargo, el ISSSTE y el ISSFAM cuentan sólo con la incorporación obligatoria y la continuación voluntaria al régimen obligatorio de aseguramiento. El único instituto que cuenta propiamente con la incorporación voluntaria es el IMSS, por lo

que la exposición de los siguientes puntos es principalmente en base a la Ley del Seguro Social.

La diferencia en los regímenes de aseguramiento se ve reflejada en el financiamiento de los seguros sociales, en México desafortunadamente el seguro social está sostenido por la clase social más débil: los trabajadores (jornaleros, obreros, etc.); porque no se obliga a participar aunque sea de manera económica a la clase media alta, integrada por los profesionistas independientes y más aún a la clase económica más pudiente de nuestro país: los empresarios (en su papel de sujetos de aseguramiento con obligación contributiva). La Ley del Seguro Social mexicana rompe en este rubro con su tarea que le corresponde como parte del Derecho Social intentando con desigualdad jurídica lograr la igualdad social. Si bien es cierto, el seguro social está hecho principalmente para los trabajadores, se vería fortificado no sólo financieramente, sino también en el aspecto cualitativo y cuantitativo de sus servicios al extender el núcleo de aseguramiento obligatorio a la mayor parte de la población como en países desarrollados, lo que ocasiona automáticamente el deber elevar el nivel de sus prestaciones porque las clases media alta y alta al tener la obligación de cotizar exigen su derecho a recibir calidad.

3.2.2. Aseguramiento obligatorio

Las leyes de los seguros sociales mexicanos imponen la obligación de asegurarse bajo el régimen (denominado por el motivo antes señalado) obligatorio a ciertos trabajadores. Es decir, estas leyes establecen explícitamente quiénes serán los derechohabientes para cada uno de los seguros. En base a su actividad laboral serán asegurados todos aquellos sujetos en uno u otro instituto del seguro social (v.gr. los trabajadores por cuenta ajena o subordinados se asegurarán en el seguro social organizado por el IMSS). Además la incorporación al régimen obligatorio no sólo incluye la obligación de trabajadores y patrones de incorporarse a dicho régimen, sino también para el instituto del seguro social a asegurar a ese trabajador.

De esta forma la Ley del Seguro Social establece quiénes tendrán derecho y obligación de asegurarse bajo el régimen obligatorio:

Artículo 12. *Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio:*

- I. Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, presten, en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones;*
- II. Los socios de sociedades cooperativas, Y*
- III. Las personas que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta Ley y los reglamentos correspondientes.*

Con la tercera fracción del numeral antes citado, se deja abierta la posibilidad de incluir dentro del régimen obligatorio a núcleos poblacionales enteros, mismos que de no ser mediante Decreto del Ejecutivo Federal, no podrían ser derechohabientes del IMSS. Esta posibilidad dota de prestaciones del seguro social sobre todo a grupos marginados de México; sin embargo, el abuso de esta medida por tan noble causa, constituye uno más de los factores del déficit financiero por el que atraviesa el IMSS.

Por otra parte del artículo primero de la Ley del ISSSTE se desprende que los trabajadores afiliados al régimen obligatorio serían: los trabajadores al servicio civil de las dependencias y de las entidades de la Administración Pública Federal que por ley o por acuerdo del Ejecutivo Federal se incorporen al régimen del instituto, así como los pensionistas y familiares derechohabientes de unos y otros, los trabajadores de las dependencias y entidades de la Administración Pública en los Estados y Municipios, en los términos de los convenios que el instituto celebre con las demás legislaturas locales. Así como las agrupaciones o entidades que mediante acuerdo de la Junta Directiva del instituto se incorporen al régimen de la Ley del ISSSTE.

Con relación a las disposiciones referentes a la aseguración obligatoria por parte del ISSFAM, cabe señalar que se desprende del artículo 17 de su propia ley, que detalla: serán sujetos de aseguramiento obligatorio todos los militares en situación de activo y de retiro, así como sus familiares, que serán delimitados en un punto posterior.

3.2.3. Incorporación voluntaria al régimen obligatorio:

De la sola lectura del Art. 12 de la LSS se desprendería que todos y cada uno de los trabajadores por cuenta ajena o subordinados deberían estar incorporados al régimen de aseguración obligatoria, pero en la realidad la misma ley establece quienes serán la excepción a dicho precepto. El artículo siguiente dispone cuáles de los trabajadores subordinados e independientes tendrán la posibilidad de elegir entre estar o no afiliados en el régimen obligatorio, de la misma forma se condona la obligación para los respectivos patrones de afiliar a su trabajadores, siendo esta sólo una acción potestativa y no obligatoria. El aludido precepto dispone a la letra:

Artículo 13. *Voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio:*

- I. Los trabajadores en industrias familiares y los independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados;*
- II. Los trabajadores domésticos;*
- III. Los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios;*
- IV. Los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio, y*
- V. Los trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidos o no comprendidos en otras leyes o decretos como sujetos de seguridad social. Mediante convenio con el Instituto se establecerán las modalidades y fechas de incorporación al régimen obligatorio, de los sujetos de aseguramiento comprendidos en este artículo. Dichos convenios deberán sujetarse al reglamento que al efecto expida el Ejecutivo Federal.*

Esta incorporación voluntaria al régimen obligatorio no se considera como parte de la modalidad de aseguramiento voluntario, puesto que la misma ley establece

quiénes podrán optar por este aseguramiento, lo que excluye a todas las personas que no sean trabajadores o patrones.

Es dable resaltar, que las prestaciones otorgadas para los sujetos que se incorporen voluntariamente al régimen obligatorio no serán iguales para todos, y dependen además de que no se comprometa el equilibrio financiero del IMSS o la eficacia de los servicios que proporciona a los asegurados en el régimen obligatorio, las prestaciones siguientes:

- A los trabajadores en industrias familiares y los independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados, así como a los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios se les otorgarán la prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad y las correspondientes de los seguros de invalidez y vida, así como de retiro y vejez, en los términos preestablecidos por la ley. La cotización se efectuará con base de un salario mínimo del Distrito Federal vigente en el momento de la incorporación, o de la renovación anual.
- A los trabajadores domésticos, se les conceden las prestaciones en especie de los seguros de riesgos de trabajo y de enfermedades y maternidad y las correspondientes de los seguros de invalidez y vida, así como de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. Cotizarán conforme al salario, real integrado. Consideramos lo anterior como otra injusticia más de nuestro seguro social, porque los trabajadores domésticos cotizarán al igual que cualquier trabajador por cuenta ajena, sin recibir la completa gama de prestaciones. Sin las prestaciones de la rama del seguro de guarderías y prestaciones sociales ¿Acaso los hijos de las trabajadoras domésticas no requieren de cuidado, mientras sus padres trabajan?
- A los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio, se les otorgarán las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo, las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad y las correspondientes de los seguros de invalidez y vida, así como de retiro y

vejez. La cotización se efectuará con base de un salario mínimo del Distrito Federal vigente en el momento de la incorporación, o de la renovación anual.

- A los trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, Entidades Federativas y Municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de Seguridad Social, al ser asegurados recibirán las prestaciones del seguro de riesgos de trabajo, las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad y las correspondientes de los seguros de invalidez y vida, así como de retiro, cesantía en edad avanzada, y vejez, en los términos de los capítulos respectivos de la LSS. A solicitud de las entidades públicas, el esquema de aseguramiento podrá comprender únicamente las prestaciones en especie de los seguros conjuntos de riesgos de trabajo y enfermedades y maternidad, siempre y cuando dichas entidades tengan establecido un sistema de pensiones para sus trabajadores. En ambos casos cotizarán conforme al salario, real integrado.

La incorporación voluntaria al régimen obligatorio termina según lo dispuesto por el Art. 231 de la LSS:

“Artículo 231. *La incorporación voluntaria al régimen obligatorio termina:*

- I. Para los sujetos a que se refieren las fracciones I, II, IV y V del artículo 13 de esta Ley por:*
 - a) Declaración expresa firmada por el sujeto o grupo de asegurados, y*
 - b) No pagar la cuota;*
- II. Para los sujetos a que se refiere la fracción II del artículo 13 de esta Ley, cuando se termine la relación laboral que le dio origen y se comunique esta circunstancia al instituto”.*

Un punto importante es el financiamiento de esta incorporación voluntaria al régimen obligatorio, donde en atención a la establecido por el numeral 224 de la LSS, los sujetos dispuestos por el Art. 13 LSS cotizarán por anualidades adelantadas, salvo que el propio IMSS en atención a las características de orden

económico y de organización de los grupos solicitantes, así como de los sujetos que contraten individualmente, podrá autorizar una periodicidad diferente en el pago de las cuotas, en cuyo caso suspenderá el instituto el otorgamiento de las prestaciones relativas cuando se deje de cubrir una de las parcialidades acordadas.

Por último cabe señalar, referente al financiamiento, que su propia ley le proporciona al IMSS la posibilidad de reservarse el derecho de afiliamiento mediante esta modalidad de aseguramiento de cualquier persona o grupo, cuando esté en riesgo el equilibrio financiero o la eficacia de los servicios que proporciona a los asegurados en el régimen obligatorio (Art. 226 LSS).

El ISSSTE contempla también la incorporación voluntaria, pero de forma distinta al IMSS, la incorporación es propiamente por institución y no por trabajador. El ISSSTE establece la posibilidad a entidades de la Administración Pública y a los Gobiernos Estatales y Municipales para asegurar a sus trabajadores, previa celebración del convenio respectivo con el propio instituto (Art. 146 LISSSTE).

3.2.4 Continuación voluntaria en el régimen obligatorio

Esta es una modalidad que opera en el IMSS, debidamente reglamentada por la Ley del Seguro Social, se trata de beneficiar al asegurado, cuya relación laboral (misma que da origen al vínculo obligacional del seguro social) se extingue por cualquier circunstancia, cuando el asegurado aún no ha reunido los requisitos (tiempos de espera y número de cotizaciones) solicitados para acceder a una pensión por cesantía en edad avanzada, vejez o retiro. Bajo tales circunstancias la ley le concede al asegurado la posibilidad de continuar afiliado al instituto en el mismo régimen de aseguramiento obligatorio, en el que estaba formalmente asegurado hasta antes de la extinción de la relación de aseguramiento. (Al extinguirse la relación laboral y no incorporarse voluntariamente el ex –asegurado, el IMSS le otorga las prestaciones en especie de la rama del seguro de enfermedades y maternidad durante los siguientes seis meses).

El Art. 218 establece como requisitos para poder continuar afiliado voluntariamente en el régimen obligatorio los siguientes:

1. Tener un mínimo de cincuenta y dos cotizaciones semanales acreditadas en el régimen obligatorio, en los últimos cinco años, al ser dado de baja. En tal caso el asegurado podrá continuar en los seguros conjuntos de invalidez y vida así como de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, debiendo quedar inscrito con el último salario o superior al que tenía en el momento de la baja
2. Solicitar la continuación voluntaria en un plazo no mayor a 5 años contados a partir de la extinción de la relación laboral.

Cabe señalar, que según lo establecido por el Art. 219 LSS, el derecho a incorporarse a la continuación voluntaria del régimen obligatorio se extingue si no se ejercita mediante solicitud por escrito dentro de un plazo de cinco años a partir de la fecha de baja.

Con referencia a las cotizaciones, éstas se efectuarán por el asegurado por mensualidad adelantada y de la manera siguiente:

- Respecto del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, el asegurado cubrirá por cuanto hace al ramo primero, la totalidad de la cuota y por lo otros dos ramos cubrirá el importe de las cuotas obrero patronales, debiendo el Estado aportar la parte que conforme a esta Ley le corresponde, incluyendo la cuota social.
- En el seguro de invalidez y vida el asegurado cubrirá las cuotas obrero-patronales y el Estado la parte que le corresponda de acuerdo a los porcentajes señalados en la Ley del Seguro Social.

Las causas para terminar con la continuación voluntaria, se encuentran establecidas en el Art. 220 y son:

- Por declaración expresa firmada por el asegurado

- Por dejar de pagar las cuotas durante dos meses
- Por ser dado de alta nuevamente en el régimen obligatorio

El ISSSTE contempla de igual forma la continuación voluntaria en el régimen de aseguramiento obligatorio para el trabajador que deje de prestar sus servicios en alguna dependencia o entidad y no tenga la calidad de pensionado, habiendo cotizado para el instituto cuando menos durante cinco años; sin embargo, la continuación será válida en el seguro de enfermedades y maternidad y medicina preventiva (Art. 142 LISSSTE). Las cuotas y aportaciones se ajustarán anualmente de acuerdo con los cambios relativos que sufra el sueldo básico en la categoría que tenía el interesado en el puesto que hubiere ocupado en su último empleo. La solicitud para continuar asegurado mediante esta modalidad opera sólo cuando se realiza durante los primeros 60 días siguientes a la baja del asegurado.

3.2.5 Aseguramiento voluntario.

El aseguramiento voluntario existe en México únicamente como tal en el IMSS,¹⁰⁷ por tratarse de un aseguramiento en el que se deja completamente a la voluntad de la persona la decisión de asegurarse, sin las restricciones operantes en el caso de incorporación voluntaria al régimen obligatorio y la continuación voluntaria en el mismo. Este régimen se implementó para brindar a todas aquellas personas que no encuadran en los supuestos legales hechos para los trabajadores o que carecen de la protección del Decreto del Ejecutivo Federal para establecer su protección del por parte del seguro de salud para la familia, por lo que sólo se contemplan prestaciones en especie de la rama del seguro de enfermedades y maternidad.

Al respecto el Art. 240 de la LSS cita:

“Artículo 240. *Todas las familias en México tienen derecho a un seguro de salud para sus miembros y para ese efecto, podrán celebrar con el Instituto Mexicano del Seguro*

¹⁰⁷ *Más adelante se contempla el caso del ISSSTE por analogía al IMSS, aunque no obedece a los criterios del aseguramiento voluntario (facultad potestativa del futuro asegurado para afiliarse)*

Social convenio para el otorgamiento de las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad, en los términos del reglamento respectivo”.

Los sujetos que voluntariamente se incorporen al seguro de salud para la familia, incluidos los familiares beneficiarios y cualquier familiar adicional pagarán anualmente la cuota establecida correspondiente, obteniéndose ésta en función del grupo de edad a que pertenezcan.

El Art. 243 de la LSS, señala que el IMSS también, podrá celebrar convenios en forma individual o colectiva con trabajadores mexicanos que se encuentren laborando en el extranjero, a fin de que se proteja mediante el seguro de salud para la familia a sus familiares residentes en el territorio nacional y a ellos mismos cuando se ubiquen en éste. Posibilidad que beneficia principalmente a los miles de mexicanos que dependen económicamente de sus familiares que legal o ilegalmente trabajan en el Norte del Continente Americano.

Por el contrario la aseguración voluntaria en el ISSSTE se limitaba sólo a ciertos prestadores de servicios, por lo que no se considera propiamente como una incorporación voluntaria, puesto que se está sujeto a encuadrar en el supuesto de la Ley del ISSSTE que dispone:

“Artículo 1. La presente Ley es de orden público, de interés social y de observancia en toda la República, y se aplicará a las Dependencias, Entidades, Trabajadores al servicio civil, Pensionados y Familiares Derechohabientes, de:

I. La Presidencia de la República, las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, incluyendo al propio Instituto;

II. Ambas cámaras del Congreso de la Unión, incluidos los diputados y senadores, así como los Trabajadores de la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación;

III. El Poder Judicial de la Federación, incluyendo a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrados y jueces, así como consejeros del Consejo de la Judicatura Federal;

IV. La Procuraduría General de la República;

V. Los órganos jurisdiccionales autónomos;

VI. Los órganos con autonomía por disposición constitucional;

VII. El Gobierno del Distrito Federal, sus órganos político administrativos, sus órganos autónomos, sus Dependencias y Entidades, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, incluyendo sus diputados, y el órgano judicial del Distrito Federal, incluyendo magistrados, jueces y miembros del

Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, conforme a su normatividad específica y con base en los convenios que celebren con el Instituto, y

VIII. Los gobiernos de las demás Entidades Federativas de la República, los poderes legislativos y judiciales locales, las administraciones públicas municipales, y sus Trabajadores, en aquellos casos en que celebren convenios con el Instituto en los términos de esta Ley.

Artículo 200. *El Trabajador que deje de prestar sus servicios en alguna Dependencia o Entidad y no tenga la calidad de Pensionado, podrá solicitar la continuación voluntaria en todos o alguno de los seguros del régimen obligatorio, con excepción del seguro de riesgos del trabajo y, al efecto, cubrirá íntegramente las Cuotas y Aportaciones que correspondan conforme a lo dispuesto por el régimen financiero de los seguros en que desee continuar voluntariamente. Las Cuotas y Aportaciones se ajustarán anualmente de acuerdo con los cambios relativos que sufra el Sueldo Básico en la categoría que tenía el interesado en el puesto que hubiere ocupado en su último empleo.*

Para el caso del seguro de salud se requerirá que el Trabajador acredite haber laborado, cuando menos, cinco años en alguna Dependencia o Entidad incorporada al Instituto.

El pago de las Cuotas y Aportaciones se hará por bimestre o anualidades anticipados”.

3.2.6. Derechohabientes

La protección del seguro social se extiende respectivamente en cada forma de aseguramiento al asegurado y a sus beneficiarios otorgándoles derecho a las prestaciones de una o todas las ramas del seguro social.

Por cuestiones metodológicas y fines pedagógicos prácticos en ese sentido me permito señalar quiénes son los derechohabientes del seguro social:¹⁰⁸

- **Derechohabientes.** Bajo el término derechohabiente se entiende en el campo del Derecho del Seguro Social a toda aquella persona que tiene una pretensión legal del seguro social. La pretensión legal vale como tal, sólo cuando el sujeto ha satisfecho los requisitos legales establecidos en la ley

¹⁰⁸ *Cabe señalar que las siguientes definiciones no aplican a los sujetos beneficiados por ISSFAM, en virtud de que como lo indica su propio Manual de Seguridad Social, ellos contemplan por Derechohabiente al familiar del militar en línea directa (esposa, concubina, hijos, madre, padre y en algunos casos los hermanos) que tiene derecho a los beneficios estipulados por la Ley del ISSFAM; Beneficiario es la persona en cuyo favor se deberá ser familiar o derechohabiente; y Afiliado son los militares activos y retirados así como sus derechohabientes siempre que ambos hayan llenado los requisitos de la Ley del ISSFAM y se encuentren registrados ante la Dirección General de Seguridad Social Militar y el ISSFAM. Dirección General de Comunicación Social, Manual de Seguridad Social Militar, Estado Mayor de la Defensa Nacional, México, 2001, pp. 13-15*

del seguro social correspondiente. Los derechohabientes son por tanto el núcleo completo de población que recibe los beneficios del seguro social, se integran por todos los sujetos de aseguramiento a un seguro social, según lo establecido en su propia ley; éste núcleo de sujetos de aseguramiento se compone por los asegurados, sus beneficiarios, los pensionados y sus respectivos beneficiarios también.

- Asegurados. En seguimiento a la fracción XI del Art. 5-A de la LSS, los asegurados son los trabajadores o sujetos de aseguramiento inscritos ante el instituto, en los términos de la Ley. Es decir, serán todos los derechohabientes que originen la relación de aseguramiento en el instituto del seguro social, en virtud de su afiliación.
- Pensionados. Son los asegurados que por resolución del instituto encargado de prestarles el seguro social, tienen otorgada pensión por: incapacidad permanente total; incapacidad permanente parcial superior al cincuenta por ciento o en su caso incapacidad permanente parcial entre el veinticuatro y el cincuenta por ciento; invalidez; cesantía en edad avanzada y vejez, así como los beneficiarios de aquél cuando por resolución del Instituto tengan otorgada pensión de viudez, orfandad o de ascendencia (Fr. XIV del Art. 5-A).
- Beneficiarios. Son el cónyuge del asegurado o pensionado y a falta de éste la concubina o el concubinario, los ascendientes y descendientes siempre que cubran los requisitos previamente establecidos por las leyes del seguro social.

Los derechohabientes son diversos en cada instituto del seguro social, no sólo por los asegurados, sino por los requisitos que establecen para los beneficiarios, por tal motivo es pertinente presentar las tres legislaciones principales.

En la Ley del Seguro Social el núcleo más amplio de derechohabientes se integra por aquellos que tienen derecho a las prestaciones del seguro de enfermedades y

maternidad, es por ello que nos referiremos a ellos. Al respecto el artículo 84 señala:

“Quedan amparados por este seguro:

- I. El asegurado;
- II. El pensionado por:
 - a) Incapacidad permanente total o parcial;
 - b) Invalidez;
 - c) Cesantía en edad avanzada o vejez, y
 - d) Viudez, orfandad o ascendencia;
- III. La esposa del asegurado o, a falta de ésta, la mujer con quien ha hecho vida marital durante los cinco años anteriores a la enfermedad, con la que haya procreado hijo, siempre que ambos permanezcan libres de matrimonio. Si el asegurado tiene varias concubinas ninguna de ellas tendrá derecho a la protección. Del mismo derecho gozará el esposo de la asegurada o, a falta de éste el concubinario, siempre que hubiera dependido económicamente de la asegurada, y reúnan, en su caso, los requisitos del párrafo anterior,¹⁰⁹
- IV. La esposa del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) de la fracción II, a falta de esposa, la concubina si se reúnen los requisitos de la fracción III. Del mismo derecho gozará el esposo de la pensionada o a falta de éste el concubinario, si reúne los requisitos de la fracción III;
- V. Los hijos menores de dieciséis años del asegurado y de los pensionados en los términos consignados en las fracciones anteriores;

¹⁰⁹ *La legislación mexicana establece a los cónyuges (femenino y apenas a partir de 1997 también los masculinos sin restricción)*

- VI. Los hijos del asegurado cuando no puedan mantenerse por su propio trabajo debido a una enfermedad crónica, defecto físico o psíquico, hasta en tanto no desaparezca la incapacidad que padecen o hasta la edad de veinticinco años cuando realicen estudios en planteles del sistema educativo nacional;
- VII. Los hijos mayores de dieciséis años de los pensionados por invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, que se encuentren disfrutando de asignaciones familiares, así como los de los pensionados por incapacidad permanente, en los mismos casos y condiciones establecidos en el artículo 136;
- VIII. El padre y la madre del asegurado que vivan en el hogar de éste, y
- IX. El padre y la madre del pensionado en los términos de los incisos a), b) y c) –de la fracción II, si reúnen el requisito de convivencia señalada en la fracción VII. Los sujetos comprendidos en las fracciones III a IX, inclusive, tendrán derecho a las prestaciones respectivas si reúnen además los requisitos siguientes:
 - a) Que dependan económicamente del asegurado o pensionado, y
 - b) Que el asegurado tenga derecho a las prestaciones consignadas en el artículo 91 de esta Ley”.

Por su parte el ISSSTE establecía como derechohabientes a los señalados por el Art. 24 de su ley.

“También tendrán derecho a los servicios que señala la fracción I del Artículo anterior en caso de enfermedad, los familiares derechohabientes del trabajador o del pensionista que enseguida se enumeran:

- I. El esposo o la esposa, o a falta de éstos el varón o la mujer con quien ha vivido como si lo fuera durante los cinco años anteriores a la enfermedad o con la que tuviese hijos(as), siempre que ambos

permanezcan libres del matrimonio. Si el trabajador, el o la pensionista tiene varias concubinas o concubinos, ninguno de éstos tendrá derecho a recibir la prestación;

- II. Los hijos menores de dieciocho años; de ambos o de sólo uno de los cónyuges, siempre que dependan económicamente de alguno de ellos;
- III. Los hijos solteros mayores de dieciocho años, hasta la edad de veinticinco, previa comprobación de que está realizando estudios de nivel medio o superior, de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos, y que no tengan un trabajo remunerado;
- IV. Los hijos mayores de dieciocho años incapacitados física o psíquicamente, que no puedan trabajar para obtener su subsistencia, lo que se comprobará mediante certificado médico expedido por el Instituto y por los medios legales procedentes;
- V. Derogada
- VI. Los ascendientes siempre que dependan económicamente del trabajador o pensionista.

Los familiares que se mencionan en este artículo tendrán el derecho que esta Ley establece si reúnen los requisitos siguientes:

- A) Que el trabajador o el pensionista tenga derecho a las prestaciones señaladas en la fracción I del artículo 23 de la presente Ley
- B) Que dichos familiares no tengan por sí mismos derechos propios a las prestaciones señaladas en la fracción I del artículo 23 de esta ley”.

Y por último los derechohabientes del ISSFAM, además de incluir a los miembros en activo de las fuerzas armadas mexicanas, de acuerdo con la ley de la materia, se separan en aquellos que tienen derecho a las prestaciones en caso de muerte del militar y los familiares que tienen derecho al servicio médico integral.

Dentro del primer supuesto, se incluyen como beneficiarios los siguientes:

Artículo 38:

“... se consideran familiares de los militares para los efectos de este capítulo:

- I. La viuda sola en concurrencia con los hijos o estos solos, siempre que las mujeres sean solteras y los varones menores de edad; o mayores incapacitados o imposibilitados para trabajar en forma total y permanente si son solteros;
- II. La concubina sola en concurrencia con los hijos o estos solos que reúnan las condiciones a que se refiere la fracción anterior, siempre que por lo que hace a aquella existan las siguientes circunstancias:
 - a) Que tanto el militar como ella hayan permanecido libres de matrimonio durante su unión;
 - b) Que haya habido vida marital durante los cinco años consecutivos anteriores a la muerte
- III. El viudo de la mujer militar incapacitado o imposibilitado físicamente para trabajar en forma total o permanente, o mayor de 55 años;
- IV. La madre soltera, viuda, divorciada;
- V. El padre mayor de 55 años o incapacitado o imposibilitado físicamente para trabajar;
- VI. La madre conjuntamente con el padre cuando este se encuentre en alguno de los casos de la fracción anterior;

- VII. Los hermanos menores, los mayores incapacitados y los imposibilitados para trabajar en forma total y permanente si son solteros; si se trata de hermanas, mientras permanezcan solteras.

En el caso de las fracciones III y VII, se requiere, además que los beneficiarios hayan dependido económicamente del militar...”.

Los beneficiarios que tienen derecho al servicio médico integral son, según lo estipulado por el Art. 123 de la Ley del ISSFAM:

“El cónyuge o en su defecto la concubina con quien haga vida marital; Los hijos solteros menores de 18 años, los mayores de esta edad que se encuentren en planteles oficiales o incorporados con limite hasta de 25 años, y los hijos de cualquier edad inútiles total o permanentemente;

Las hijas solteras;

*El padre y madre”.*¹¹⁰

En conclusión, como se ha podido observar de las tres legislaciones se deduce que el núcleo de derechohabientes se compone por los asegurados y sus más próximos familiares (consorte o concubina, ascendientes y descendientes), bajo determinados requisitos (deben tener su domicilio legal dentro del territorio nacional, depender económicamente del asegurado y bajo ninguna circunstancia ser por si mismos asegurados).

3.3 De los riesgos que cubre el Seguro Social

Los seguros sociales están compuestos cada uno por diversas ramas que les permiten su mejor organización financiera, administrativa y principalmente ejecutora. Como se mencionó anteriormente los tres principales instituto del

¹¹⁰ Cabe hacer mención que en Art. 153, se incluyen los requisitos para el padre, madre y concubina del militar, siendo estos semejantes a los establecidos para tener derecho a las prestaciones en caso de fallecimiento del militar.

seguro social en México, (IMSS, ISSSTE e ISSFAM) se encargan de otorgar a su núcleo derechohabiente específico, disperso a lo largo de todo el territorio nacional, una amplia gama de prestaciones similares, que se incluyen en todas las ramas de aseguramiento.

Las ramas de aseguramiento en el IMSS según lo dispuesto por la LSS (Art. 11) son:

- I. Del seguro de riesgos de trabajo
- II. Del seguro de enfermedades y maternidad
- III. Del seguro de invalidez y vida
- IV. Del seguro de cesantía en edad avanzada, vejez y retiro
- V. Del seguro de guarderías y prestaciones sociales

El ISSSTE consideraba como prestaciones, seguros y servicios los establecidos en el Art. 3 de la LISSSTE.

- I. Medicina preventiva
- II. Seguro de enfermedades y maternidad
- III. Servicios de rehabilitación física y mental
- IV. Seguro de riesgos del trabajo
- V. Seguro de jubilación
- VI. Seguro de retiro por edad y tiempo de servicios
- VII. Seguro de invalidez
- VIII. Seguro por causa de muerte
- IX. Seguro de cesantía en edad avanzada
- X. Indemnización global
- XI. Servicios de atención para el bienestar y desarrollo infantil
- XII. Servicios integrales de retiro a jubilados y pensionistas
- XIII. Arrendamiento o venta de habitaciones económicas pertenecientes al Instituto
- XIV. Préstamos hipotecarios y financiamiento en general para vivienda, en sus modalidades de adquisición en propiedad de terrenos y/o casas habitación, construcción, reparación, ampliación o mejoras de las mismas; así como para el pago de pasivos adquiridos por estos conceptos

- XV. Préstamos a mediano plazo
- XVI. Préstamos a corto plazo
- XVII. Servicios que contribuyan a mejorar la calidad de vida del servidor público y familiares derechohabientes
- XVIII. Servicios turísticos
- XIX. Promociones culturales, de preparación técnica, fomento deportivo y recreación
- XX. Servicios funerarios
- XXI. Sistema de ahorro para el retiro

Y el ISSFAM contempla los servicios como prestaciones y no como seguros, aunque en puntos posteriores se podrá constatar que se trata de prestaciones que se incluyen en diversas ramas del seguro del IMSS o del ISSSTE.

Al respecto el Art. 18 contempla las siguientes prestaciones:

- I. Haberes de retiro
- II. Pensiones
- III. Compensaciones
- IV. Pagas de defunciones
- V. Ayuda para gastos de sepelio
- VI. Fondo de trabajo
- VII. Fondo de ahorro
- VIII. Ocupación temporal de casas
- IX. Seguro de vida militar
- X. Seguro colectivo de retiro
- XI. Venta y arrendamiento de casas
- XII. Préstamos hipotecarios y a corto plazo
- XIII. Tiendas, granjas y centros de servicio
- XIV. Servicios turísticos
- XV. Casas hogar para retirados
- XVI. Centros de bienestar infantil
- XVII. Servicio funerario
- XVIII. Escuelas e internados
- XIX. Centros de capacitación

- XX. Centro deportivos y de recreo
- XXI. Orientación social
- XXII. Servicio Médico integral
- XXIII. Farmacias económicas

Estas prestaciones se amplían con las que se otorgan a los beneficiarios en caso de fallecimiento del militar, tales como:

- I. Pensión o compensación
- II. Pagas de defunción
- III. Seguro de vida colectivo, etc.

3.4 Financiamiento del Seguro Social

El financiamiento del seguro social en México corresponde al modelo contributivo, que basa la financiación en la cotización de los sujetos obligados. Por lo tanto es menester comprender qué es una cotización, Borrajo¹¹¹ la considera como *“la obligación, impuesta por la Ley a ciertos individuos y entidades, de contribuir al sostenimiento de las cargas económicas de los regímenes de previsión o de Seguridad Social, de acuerdo con ciertos criterios, también fundados legalmente”*. Al respecto se debe señalar que las aportaciones que se realizan como cotizaciones de Seguridad Social en México, son básicamente para los seguros sociales, sin embargo debido a la amplia gama prestacionaria que ellos otorgan, se ingresa en el esquema protector de la Seguridad Social, solidario para con todos los individuos miembros de la sociedad y con prestaciones que originalmente no tendrían cabida dentro de los seguros sociales (v.gr. los centros vacacionales).

3.4.1 Naturaleza jurídica de la obligación:

Los pagos que se efectúan a una aseguradora privada para recibir la contraprestación de la aseguración se denominan prima, y pese a los pagos que

¹¹¹ Citado por Blasco Lahoz, José Francisco, et. al., op. cit., p. 191

se efectúan a los seguros sociales en parte se realizan también para recibir contraprestaciones, estos tienen una naturaleza jurídica completamente diversa.

La aseguración privada se rige por los contratos de carácter mercantil. Al quedar comprendido este contrato como una de las actividades que regula el Art. 75 del Código de Comercio, se desprende que se trata de una actividad de comercio,¹¹² por lo que la naturaleza jurídica de su obligación será de Derecho Mercantil. En cambio las aportaciones al seguro social, son cuotas para fines sociales, que tienen una naturaleza fiscal según lo señala el propio Código Fiscal de la Federación en su Art. 2 clasificando las contribuciones en impuestos, aportaciones de Seguridad Social, contribuciones de mejoras y derechos. Las aportaciones de Seguridad Social son definidas de la siguiente manera por la fracción segunda del citado ordenamiento legal: *“Aportaciones de seguridad social son las contribuciones establecidas en la ley a cargo de personas que son sustituidas por el estado en el cumplimiento de obligaciones fijadas por la ley en materia de seguridad social o a las personas que se beneficien en forma especial por servicios de seguridad social proporcionados por el mismo estado”*.

Contribuciones en el sentido de todo lo que ayuda a sufragar los gastos del Estado y en el caso del seguro social se trata de contribuciones obligatorias, previamente establecidas por la Ley del Seguro Social,¹¹³ derivadas de la potestad tributaria del Estado destinadas a atender necesidades públicas. Las contribuciones de Seguridad Social como las llama el Código Fiscal de la Federación son exacciones parafiscales puesto que:¹¹⁴

- Derivan de la actividad financiera (recaudación) que desarrollan ciertos organismos distintos del Estado (v.gr. IMSS), paralelamente a la actividad financiera de éste, conforme a las normas de Derecho Público
- La recaudación de estas contribuciones no figura en los presupuestos generales del Estado

¹¹² Cfr. Sánchez Flores, Octavio Guillermo, El Contrato de Seguro Privado, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 100

¹¹³ Cfr. Rodríguez Lobato, Raúl, Derecho fiscal, Ed. Harla, 2ª ed., México, 1986, pp. 5-7

¹¹⁴ Ibidem, p. 91

- Los ingresos derivados de las cotizaciones del seguro social están afectadas de un modo concreto a un destino relacionado con el servicio público que origina el tributo parafiscal (v.gr. las prestaciones del servicio médico)

Por tal motivo la naturaleza jurídica de las cotizaciones al seguro social es de carácter fiscal, son exacciones parafiscales.

3.4.2 Sujetos obligados

Para que exista la obligación de un contribuyente, debe existir antes el derecho potestativo del Estado a exigir esa contribución, en el caso del seguro social, ese derecho se establece en el Art. 5 A de la LSS donde dispone que los sujetos obligados son los señalados por los Arts. 12, 13, 229, 230, 241 y 250 A, de la Ley, cuando tengan la obligación de retener las cuotas obrero patronales del seguro social o de realizar el pago de las mismas.

Del Art. 12 LSS se deducen los siguientes sujetos obligados:

- Los empleadores (cualquiera que sea su personalidad jurídica o su naturaleza económica, aun cuando éste, en virtud de alguna ley especial, éste exento del pago de contribuciones) de las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo, le presten, en forma permanente o eventual, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen
- Los socios de sociedades cooperativas
- Las personas encargadas de entregar las cotizaciones que determine el Ejecutivo Federal a través del Decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala la LSS y sus reglamentos correspondientes

Del Art. 13 LSS pueden ser voluntariamente sujetos obligados, sin que exista la obligación legal para ello:

- Los trabajadores en industrias familiares y los independientes, como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados;
- Los empleadores de los trabajadores domésticos
- Los ejidatarios, comuneros, colonos y pequeños propietarios
- Las entidades públicas con trabajadores al servicio de las administraciones públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de Seguridad Social

La Ley del Seguro Social concede mediante el Art. 230 LSS a un tercero, persona física o moral, que se obligue ante el IMSS a aportar la totalidad o parte de las cuotas de cualquiera de los sujetos de aseguramiento voluntario en el régimen obligatorio. Dicho tercero será sujeto obligado ante el IMSS.

Los sujetos obligados del ISSSTE, en seguimiento a los establecidos por el numeral 6 de su propia ley, eran las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal con trabajadores a su servicio y que se encuentren delimitadas en el Art. 2 de la LISSSTE o mediante decreto del Ejecutivo Federal, ya que serán responsables de efectuar los descuentos que se ordenen con motivo de la aplicación de la misma, debiendo remitir al instituto las nóminas y recibos en que estos figuren.

Invariablemente el ISSFAM está organizado de forma completamente diversa, por lo que los sujetos obligados de esta relación de aseguramiento del seguro social serán por un lado el gobierno federal por disposición del Art. 228 LISSFAM, que a la letra establece que éste aportará al instituto y al Banco Nacional del Ejército y la Armada S.A. de C.V., las cantidades necesarias para cumplir las obligaciones que impone el ISSFAM, respecto a las siguientes prestaciones: seguro de vida, pagos de defunción, ayuda para gastos de sepelio, fondo de trabajo y fondo de ahorro, a cuyo efecto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuidará que en el presupuesto de la Federación correspondiente se incluyan las partidas respectivas. Y por otro lado podemos considerar como sujetos obligados a las

propias Secretaría de la Defensa Nacional y de Marina a cuyo cargo están los miembros de las Fuerzas Armadas Mexicanas (Art. 17 LISSFAM).

3.4.3 Objeto de la cotización

En seguimiento a las ideas de Blasco, López y Momparler¹¹⁵ el objeto de la cotización está constituido por la cuota, entendiendo como tal la cantidad dineraria que los sujetos obligados deben pagar al seguro social, para la realización de los fines propios del seguro social. En ese mismo orden de ideas el monto de la cuota está determinado por la base de cotización de los trabajadores y el porcentaje de él que se destina a cada una de las ramas del seguro social. Por lo que para hablar del financiamiento de cada una de ellas conviene precisar lo que es el salario, que sirve de base para cotizar al seguro social, motivo por lo que se conoce dentro del seguro social como el salario base de cotización.

3.4.4 El salario base de cotización

Este no corresponde al salario bruto, porque se compone también de la parte proporcional del aguinaldo, de la prima vacacional y de los pagos especiales, con lo que se obtiene el salario integrado. Al respecto vale la pena remitirse al Art. 84 de la LFT, que dispone que el salario se integra con los pagos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

Por su parte en el Art. 27 de la LSS se señalan los conceptos excluyentes del salario base de cotización, siempre y cuando estén debidamente registrados en la contabilidad del patrón, mismos que se enlistan a continuación:

- Los instrumentos de trabajo tales como herramientas, ropa y otros similares

¹¹⁵ *Blasco Lahoz, José Francisco, et. al., Op. cit., p. 200*

- El ahorro, cuando se integre por un depósito de cantidad semanal, quincenal o mensual igual del trabajador y de la empresa; si se constituye en forma diversa o puede el trabajador retirarlo más de dos veces al año, integrará salario; tampoco se tomarán en cuenta las cantidades otorgadas por el patrón para fines sociales de carácter sindical.
- Las aportaciones adicionales que el patrón convenga otorgar a favor de sus trabajadores por concepto de cuotas del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez
- Las cuotas que hagan los patrones y trabajadores para el seguro social y en general las cantidades aportadas para fines sociales (fondos de pensiones establecidos por contratación colectiva, etc.)
- Las participaciones en las utilidades de la empresa
- La alimentación y la habitación cuando se entreguen en forma onerosa a los trabajadores; se entiende que son onerosas estas prestaciones cuando el trabajador pague por cada una de ellas, como mínimo, el 20% del salario mínimo general diario que rija en el Distrito Federal
- Las despensas en especie o en dinero, siempre y cuando sus importe no rebase el 40% del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal
- Los premios por asistencia y puntualidad, siempre que el importe de cada uno de estos conceptos no rebase el 10% del salario base de cotización

Dadas las excepciones referidas, es indispensable ampliar la reflexión del concepto de salario para el seguro social. El Lic. Javier Moreno Padilla opina que el salario en materia de contribuciones de Seguridad Social *“no significa sólo la contraprestación por un trabajo desempeñado, sino que constituye el fundamento de la determinación del hecho generador y, por tanto el término se vuelve tributario para establecer la magnitud de la cuota y por esa razón se califica como salario base de cotización”*.¹¹⁶

¹¹⁶ Moreno Padilla, Javier, Derecho Fiscal de la Seguridad Social 2003, *Dofiscal Editores, México, 2003, p.*

La propia LSS (Art. 5, fr. XVIII) establece que el salario base de cotización se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, alimentación, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo, con excepción de los conceptos previstos en el Art. 27 de la propia ley, que anteriormente se mencionaron. Lo cierto es que las cuotas al seguro social se fijaron en México desde su origen, en relación al salario del trabajador, a consecuencia de generar la relación de aseguramiento supeditada a la relación laboral y por ende la cuota al salario base de cotización.

3.5 De las prestaciones dentro de los seguros sociales mexicanos

Las prestaciones son al decir de Alarcón Caracuel: *“las medidas arbitradas por el Sistema Social para hacer frente a las situaciones de necesidad creadas por el acaecimiento de las contingencias previstas en el mismo, siempre que concurren los requisitos delimitadores del hecho causante”*.¹¹⁷

Dentro del seguro social mexicano las prestaciones se pueden dividir en:

- Prestaciones preventivas: son todas aquellas tendientes a prevenir las contingencias aseguradas (v.gr. las vacunas dentro de la medicina preventiva).
- Prestaciones reparadoras: el sistema de los seguros sociales en México contempla una amplia gama de prestaciones reparadoras, cuya finalidad es resarcir los daños causados al presentarse las contingencias aseguradas (v.gr. Las pensiones al producirse la muerte del trabajador)
- Prestaciones en especie: son los servicios que los institutos del seguro social proporcionan a toda la población derechohabiente (v.gr. la atención médica)

¹¹⁷ Alarcón Caracuel, La Seguridad Social en España, op. cit., p. 116

- Prestaciones pecuniarias: se componen por los subsidios, indemnizaciones, rentas y pensiones que los institutos otorgan en dinero a los derechohabientes al satisfacerse los requisitos señalados por sus propias leyes (v.gr. el pago de una pensión de orfandad)
 - Pensión: pago dinerario periódico y vitalicio (v.gr. jubilación, viudez)
 - Subsidio: pago periódico dinerario temporal (v.gr. incapacidad laboral y/o ayuda asistencial)
 - Indemnización: cantidad a tanto alzado que se otorga en un solo pago (v.gr. lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, incapacidad permanente parcial, etc.)

- Prestaciones obligatorias: son todas las prestaciones que la legislación del seguro social en concordancia con la Ley Federal del Trabajo prevé como mínimas y deben ser otorgadas por los institutos del seguro social (v.gr. la rehabilitación médica del asegurado que sufra un riesgo de trabajo)

- Prestaciones discrecionales: son las prestaciones que cada uno de los institutos del seguro social otorgan a sus derechohabientes o a la población en general sin que exista la obligatoriedad legal para otorgarlas, en base a sus propios recursos financieros (v.gr. un curso de cultura de belleza o una obra de teatro)

Las prestaciones son muy variadas como se desprende de lo anterior, además hay que tener en cuenta que varían entre un instituto del seguro social y otro en base a las necesidades de los propios asegurados que se ven reflejadas en la diferencia entre una rama del seguro social y otra, en base también al financiamiento y posibilidades de cada instituto; sin embargo, siempre con apego a la ley.

CAPÍTULO CUARTO

DEL SEGURO DE GUARDERÍAS PRESTADO POR EL IMSS

4. Del Seguro de Guarderías

En el presente capítulo se abordará el seguro de guarderías prestado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, no obstante se considera trascendental abordar el origen de este seguro, el cual obedece a la incursión de la mujer en la vida económica activa.

4.1 La incursión de la mujer en la vida económica activa.

Para efectos de comprender mejor el tema, es importante señalar en qué momento de la historia de nuestro país surge la necesidad de contar con instituciones especializadas en la guarda y custodia de los menores, lo que necesariamente está ligado a la incursión de la mujer en la vida económicamente activa.

La participación de la mujer en el mercado de trabajo obedece a la dinámica del sistema económico social moderno. Con esta intervención, que se basa en la producción industrial y en la prestación de servicios, la familia en su concepción original se va transformando en razón de que las mujeres participan en la vida productiva y como consecuencia de ello surge la necesidad de que sus hijos, en su ausencia del hogar, sean atendidos.

Otras razones para la incorporación de la mujer al mercado laboral formal son las siguientes:

- El distinto papel que desempeña la mujer en la familia, con relación al tradicional.¹¹⁸

¹¹⁸ Hombres y mujeres en México, *Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, Primera edición, México, 1997, p. 108, "Sin negar los significativos cambios en torno al desempeño de las actividades económicas y domésticas, por parte de los hombres como de las mujeres, todavía un importante sector de la población sigue desempeñando papeles tradicionales: proveedores y amas de casa. El 48.8% de la población masculina de 12 años y más, desempeña su papel de proveedor, al dedicarse exclusivamente al*

- La necesidad de que las fuentes de ingreso en un hogar sean múltiples.
- La introducción de tecnología que permite que las mujeres desarrollen determinados tipos de trabajo considerados con anterioridad “masculinos”.
- La masificación de la educación formal que especialmente favoreció a la mujer.

El proceso de mayor educación de la mujer y el trabajo son recíprocos, es decir, entre mayor educación tienen las mujeres, mayores oportunidades tienen de trabajar, y entre más participan en el trabajo extradoméstico, más crece la demanda de educación.

La relación existente entre el desarrollo industrial y la urbanización con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que consiste en que a mayor desarrollo industrial la población se “urbaniza” y la mujer realiza más labores extradomésticas. Así, la incipiente industrialización de los años setenta del siglo pasado marca el inicio de la participación de la mujer en el mercado de trabajo.

Esta relación se demuestra si se considera que “... las ocupaciones típicamente masculinas son: operadores de maquinaria agropecuaria (100%), operadores de transporte (99.9%), mayores agropecuarios (99%), protección y vigilancia (95.7%) y administradores agropecuarios (92.1%)”.¹¹⁹

trabajo doméstico; por su parte, para la población se observa que 49.1% se dedica exclusivamente al trabajo doméstico, en el interior de sus propios hogares. Sin embargo, los cambios son evidentes y muestran una combinación de roles para un conjunto importante de población. Así, 29.4% de los varones y 31.9% de las mujeres, además de participar en los mercados de trabajo, desempeñan otras actividades como estudiar o realizar los quehaceres del hogar”.

¹¹⁹ Hombres y mujeres en México, op. cit., p. 120

De ahí que la necesidad de la fuerza de trabajo femenil sólo puede concebirse en forma paralela a la industrialización en nuestro país, que inició a fines del siglo pasado.

La mayoría de los historiadores en materia económica afirman, que fue hasta los años treinta del siglo XX cuando se desarrolló la industria en México, sin embargo, existen elementos que permiten afirmar que la economía segmentada y rudimentaria que caracterizó las primeras décadas de la segunda mitad del siglo XIX se transformó en una economía laboral capitalista, con mercados cada vez más unificados, y aceleradas tasas de crecimiento. Aproximadamente desde 1870 empiezan a fluir a nuestro país capitales que permitieron la explotación de la industria minera y acelerar el crecimiento de haciendas y plantaciones, así como lograr el financiamiento de la construcción del sistema ferroviario, y en general el sistema de transporte.¹²⁰

La mejora y perfeccionamiento del sistema de transporte permitió que se expandiera el comercio, lo que trajo como consecuencia que surgieran las primeras industrias en el país, como la cervecera, la acerera y la algodonera, entre otras, y con ello una mayor demanda de mano de obra; no obstante, no existen datos que permitan afirmar que este tipo de industrias ya empleaban la mano de obra femenina, aunque sí hay indicios de una incipiente participación en el mercado laboral.

Un hecho histórico es que la mujer participaba en el mercado laboral con grandes desventajas respecto de los hombres. Baste citar a Mario de la Cueva,¹²¹ sobre este particular:

“Al despuntar el siglo, el derecho de familia era una supervivencia, del derecho romano y del canónico, de donde resultaba un régimen patriarcal y la consiguiente subordinación de la mujer. La Revolución mexicana de 1910, en el lapso de 1913 a

¹²⁰ Haber, Stephen, H. Industria y subdesarrollo. Alianza, México, p. 32

¹²¹ De la Cueva, Mario. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Tomo I. Porrúa, séptima edición, México 1981, pp. 434 y 435

1917, entre otras reformas trascendentales, inició la batalla por la liberación de la mujer: en el año de 1914, un decreto de Venustiano Carranza, jefe de la Revolución, introdujo el divorcio en la vida nacional, y el 7 de abril de 1917, unos días antes de que entrara en vigor la nueva Constitución, expidió la Ley de Relaciones Familiares, que modificó sustancialmente la estructura y las relaciones de familia. En uno de los considerandos de la Ley, se dijo: “Los derechos y las obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad entre éstos y no en el imperio que, como resto de la “manus” romana, se ha otorgado al marido...”. La Ley de Relaciones Familiares es la primera gran victoria en el movimiento de liberación de la mujer... Las disposiciones de la Ley de Relaciones Familiares, la Declaración de derechos sociales de 1917 y, sobre todo, la participación creciente de la mujer en la vida social activa y en el proceso económico, despertaron su conciencia y la lanzaron a la lucha por una comprensión mejor de la naturaleza humana, que es una misma en los dos sexos, particularmente en la vida del espíritu. Fue una lucha por la igualdad en el derecho constitucional, en el de familia y en el de trabajo...”.

“Los constituyentes de Querétaro amaban la libertad, la igualdad y la justicia, y sabían que las mujeres podían ser explotadas más fácilmente que los hombres, por lo cual, con ese hondo sentido humano que imprimieron a las fracciones de la Declaración, dispusieron en la séptima declaración que “el salario debía ser igual para los dos sexos”.

Las causas que se han analizado, respecto a la participación de la mujer en el mercado de trabajo, hay que añadir que, a partir de 1917, la mujer trabajadora se incorpora abiertamente a la lucha por obtener mejores condiciones de trabajo, incluido el reclamo de establecer un Seguro Social en la República y conseguir el efectivo cumplimiento de los derechos que como género les concedía la Constitución. Esta actitud jurídico política de igualdad entre el hombre y la mujer marcó la evolución de los derechos laborales de la mujer.

En virtud de lo anterior el legislador de la Ley del Trabajo de 1931 estableció un apartado específico para el trabajo de la mujer, en atención a que éste ya era importante para la vida de México y lamentablemente se desarrollaba en

condiciones adversas para la mujer, el derecho a que el patrón le preste el servicio de guarderías durante las horas de trabajo extradoméstico.

En la década de los cuarenta, la participación de la mujer en la vida económica de México era lo suficientemente importante como para que el legislador de la primera Ley del Seguro Social haya considerado prestaciones destinadas exclusivamente a la mujer trabajadora. La asegurada recibía como prestación adicional a la atención obstétrica que también se entregaba a cualquier mujer derechohabiente la ayuda para lactancia. El concepto de mujer derechohabiente incluye a la asegurada y a las esposas y concubinas de los trabajadores; estas últimas no recibían la ayuda para lactancia.

No obstante estos avances legislativos, la situación económica de la mujer no cambia, ni crece sustancialmente su participación en trabajos extradomésticos hasta 1970 y sólo se va incorporando con fuerza de trabajo en porcentajes pequeños, poco significativos en términos cuantitativos.

De lo anterior podemos arribar a tres conclusiones:

- La incorporación de la mujer a la vida activa está relacionada con la industrialización y la urbanización del país y todos los fenómenos sociales y políticos en torno a esto.
- El progreso económico del país detonado con la Revolución Mexicana no se puede concebir, en términos políticos y sociales, sin el derecho a la igualdad de trabajo entre el hombre y la mujer. Este derecho sólo es efectivo si la mujer trabajadora tiene quién le cuide a sus hijos.
- Esta necesidad social se tradujo en dos ordenamientos: la Ley Federal de Trabajo y la Ley del Seguro Social de 1973.

4.1.1 Efecto del establecimiento de los servicios de guarderías en la participación de la mujer en el mercado de trabajo

Un cambio que impulsó la participación de la mujer en el mercado de trabajo, adicional a la modificación de los patrones culturales y de conducta familiar, es la creación del seguro de Guarderías en 1973, por las razones siguientes:

- El derecho a un trabajo igual entre el hombre y la mujer se hace nugatorio en tanto la madre trabajadora no disponga de un lugar en el que atiendan integralmente a sus hijos mientras ella desarrolla una actividad extradoméstica.
- La incorporación de la mujer en la vida activa está condicionada a que tenga con quién dejar al menor durante su jornada de trabajo.
- Junto a los derechos igualitarios de la mujer con respecto al trabajo, hay que tomar en cuenta que el Estado considera que el núcleo social por excelencia es la familia, ya que conforma a partir de la institución del matrimonio, mismo que tiene, como objetivo, entre otros, procrear descendencia y lograr la organización, unidad y permanencia que requiere ese grupo social primario.

El servicio de guarderías contribuye a que una mujer trabajadora casada mantenga la integración del núcleo familiar, puesto que le ayuda a cumplir con el papel que tradicionalmente se le asigna a la mujer en la familia, que es, primordialmente, el cuidado y la atención de los hijos.

4.1.2 Evolución del derecho laboral de la mujer respecto al servicio de guarderías.

El derecho de las trabajadoras de gozar de la prestación de los servicios de guarderías originalmente corría a cargo del patrón, según lo consignaba el artículo 110 de la Ley Federal del Trabajo de 1931, sin que en la práctica se prestaran dichos servicios por falta de reglamentación y capacidad económica de la mayoría de los patrones.

En 1961 se expide el Reglamento de dicho artículo, pero sólo obliga a los patrones que tuvieran a su servicio a más de 50 empleadas, toda vez que se consideró que ésta era una cantidad a partir de la cual el patrón tenía la capacidad económica de prestar directa o indirectamente el servicio de guarderías. Sin embargo, hay que señalar que esta forma de establecer servicios de guarderías no distribuye el costo entre muchos patrones, lo que hace nugatorio el derecho de las trabajadoras a gozar de servicios de guarderías en empresas que contraten menos de 50 empleadas.

*“Debido a la ineficiencia de esta disposición, en 1962 se reformó la Ley Laboral, y se estableció que los servicios de guarderías debían ser proporcionados por el Instituto Mexicano del Seguro Social, dada la experiencia técnica y administrativa de la institución en el otorgamiento de servicios sociales. Esta obligación quedó consignada en el artículo 171 de la Ley Federal del Trabajo en vigor”.*¹²²

Esta ineficiencia consiste en que, como ya se expresó, las trabajadoras que laboraban con menos de 50 compañeras no tenían derecho al servicio de guarderías: no había un servicio homogéneo, ya que las condiciones y términos para otorgarlo dependía de cada patrón; no había un aprovechamiento de economía de escala, es decir, al ser el patrón el obligado a establecer el servicio de guarderías, el costo de instalación y mantenimiento es superior que si éste se hace por varios patrones y el criterio de 50 empleadas era ajeno a la maternidad de las mismas, de tal forma que podía hacer empresas que tuvieran muchas trabajadoras pero poca o ninguna demanda de guarderías y, por el contrario, empresas cuya fuerza principal de trabajo fueran madres y no tuvieran cincuenta empleadas.

Hasta la promulgación de la Ley de 1973 se establecen las condiciones para superar esta ineficiencia y una forma de hacer efectivo el derecho de las madres trabajadoras que vivieran en zonas urbanas al servicio de guarderías.

La Ley de 1973 obliga al Instituto a proporcionar tales servicios, en los artículos 184 al 193, relativos al seguro de Guarderías para hijos de aseguradas; asimismo

¹²² Folleto. Guarderías. Jefatura de Servicios de Guarderías del IMSS, julio de 1984, pp. 3 y 4

se expidió el Reglamento de los Servicios de Guarderías para Hijos de Aseguradas, aprobado por acuerdo (5704/81) del H. Consejo Técnico del Instituto, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de julio de 1981.

4.2 Concepto de guardería

Por guardería cita Gabriela Mendizábal Bermúdez¹²³ que es: la institución mediante la cual se brinda el servicio de guarda, cuidado, educación y apoyo asistencial a los niños hijos de trabajadores asegurados, dependiendo de la edad que corresponda según lo estipulado por cada instituto.

Cabe señalar que recibe el nombre de guardería por cuestiones históricas, en virtud de que en Europa durante la Segunda Guerra Mundial cuando las madres de familia, literalmente, guardaban a sus hijos en lugares destinados para ello, mientras trabajaban como voluntarias en los servicios médicos que asistían a los soldados heridos en batalla o en las fábricas donde se elaboraba material de artillería.¹²⁴

En la actualidad el nombre de guardería ha sido sustituido por el de Centro de Desarrollo Infantil (CENDI), pues los servicios prestados por estos centros no sólo es la guarda, sino que busca un desarrollo infantil en el ámbito educativo y psicológico.

4.3 El Seguro de Guarderías en el IMSS

El sistema de guarderías del Instituto Mexicano del Seguro Social, tiene su origen en la Ley del Seguro Social de mil novecientos setenta y tres, en la que recogió la obligación de crear las guarderías como parte de régimen obligatorio.

¹²³ Op. cit., Mendizábal Bermúdez, Gabriela, p.394.

¹²⁴ Reyes Mariela, Guarderías, Mayo, 2001. En:

<http://soyentrepreneur.com/pagina.hts?N=12307>, fecha de consulta: 20 de septiembre de 2010

La contingencia asegurada se presenta cuando a los padres a consecuencia del desempeño de su actividad laboral, no les es posible de manera personal ocuparse personalmente del cuidado de sus niños pequeños.

4.3.1 Sujetos de aseguramiento

Se consideran asegurados a los trabajadores que se encuentren en los siguientes supuestos:

- ✓ Mujer asegurada

- ✓ Hombre asegurado, viudos o divorciados, que tenga por resolución judicial la custodia de los hijos.

- ✓ Aquel que ejerza por resolución judicial la patria potestad.

Cabe señalar que será requisito esencial para el otorgamiento de este seguro que los trabajadores que se encuentren en los supuestos en cita, estén vigentes en sus derechos ante el IMSS, así como no poder prestar los cuidados al menor, derivado de la actividad laboral.

4.3.2 Beneficiarios

Bajo esta tesitura los niños como beneficiarios de los trabajadores asegurados, deberán cumplir con el requisito de haber cumplido cuarenta y cinco días de nacidos y no ser mayor de cuatro años de edad.

Aquellos asegurados o trabajadores, viudos o divorciados que contraigan matrimonio o entren en concubinato perderán este seguro.

Por otro lado es de señalarse que el seguro de guarderías proporcionado por el IMSS, sólo incluye prestaciones en especie, mismas que contemplan el servicio de guarda y custodia, el aseo del menor, su alimentación, su educación y su recreación.

Además como parte de las prestaciones se concede actualmente como apoyo al trabajador asegurado que pierde su empleo la posibilidad de disfrutar durante las cuatro semanas posteriores a la presentación de la baja el derecho a recibir las prestaciones del seguro de guardería.

Los servicios de guardería se prestan durante la jornada de trabajo del asegurado, durante los días y horarios que tengan señaladas las guarderías para prestar el servicio, por lo general son dos turnos al día, uno matutino y uno vespertino, en el caso de los trabajadores con jornadas nocturnas, sus hijos pueden tener acceso a uno de estos turnos.

4.3.3 Obligaciones de los trabajadores

Existen obligaciones a los trabajadores que inscriben a sus hijos para que sean beneficiarios de este seguro, tales obligaciones son las siguientes:

- ✓ El trabajador o una persona autorizada por él debe de acompañar al menor durante los tres primeros días de su ingreso a la guardería.
- ✓ El trabajador debe informar a la guardería, su horario de trabajo, sus días de descanso y los cambios a éstos, sus vacaciones, número telefónico, domicilio, ubicación del centro de trabajo y cualquier dato para localizar a las personas autorizadas para recoger al menor.
- ✓ De igual forma dar a conocer todos los datos relacionados con el menor; que desde el punto de vista biológico, psíquico, y social se consideren necesarios.
- ✓ El trabajador debe observar las indicaciones médico-preventivas que le hagan saber el personal de las guarderías.
- ✓ El trabajador está obligado a acudir a la guardería cuando sea requerida su presencia por motivos de enfermedad de su hijo.

4.3.4 Régimen Financiero

Conforme a su régimen financiero, las cotizaciones para la rama del seguro de guarderías serán cubiertas únicamente por los patrones y equivalen al 1% del salario base de cotización de cada uno de los trabajadores independientemente de su estado civil o de si tienen hijos o no.

4.4 Marco constitucional y jurídico que regula el Ramo de Guarderías, del Seguro de Guarderías y Prestaciones Sociales.

El Seguro de Guarderías y Prestaciones Sociales a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social tiene su fundamento en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por su parte, el sustento legal directo del Ramo de Guarderías, lo encontramos en los artículos 171, de la Ley Federal del Trabajo; así como 11, fracción V, 201 al 207, 211, 212, 213, 237-A, 251, fracciones I, IV, VIII y XIII, 263, primer párrafo, y 264, fracciones III, VII y XVII, de la Ley del Seguro Social.

Asimismo, la prestación del servicio de guarderías infantiles encuentra apoyo jurídico en otras disposiciones reglamentarias establecidas en el Orden Jurídico Mexicano, al igual que en los artículos 31, fracciones II y XVI, del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social; 1, del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guarderías, y demás disposiciones que, conforme a la Ley del Seguro Social, emita el Consejo Técnico.

Para pronta referencia, a continuación se transcriben las disposiciones referidas:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Artículo 123. *Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.*

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO

Artículo 171.- Los servicios de guardería infantil se prestarán por el Instituto Mexicano del Seguro Social, de conformidad con su Ley y disposiciones reglamentarias.

LEY DEL SEGURO SOCIAL

Artículo 11. *El régimen obligatorio comprende los seguros de:*

V. Guarderías y prestaciones sociales.

Artículo 201. *El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo.*

Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.

El servicio de guardería se proporcionará en el turno matutino y vespertino pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

Artículo 202. *Estas prestaciones deben proporcionarse atendiendo a cuidar y fortalecer la salud del niño y su buen desarrollo futuro, así como a la formación de sentimientos de adhesión familiar y social, a la adquisición de conocimientos que promuevan la comprensión, el empleo de la razón y de la imaginación y a constituir hábitos higiénicos y de sana convivencia y cooperación en el esfuerzo común con propósitos y metas comunes, todo ello de manera sencilla y acorde a su edad y a la realidad social y con absoluto respeto a los elementos formativos de estricta incumbencia familiar.*

Artículo 203. *Los servicios de guardería infantil* incluirán el aseo, la alimentación, el cuidado de la salud, la educación y la recreación de los menores a que se refiere el artículo 201. Serán proporcionados por el Instituto, **en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico.**

Artículo 204. *Para otorgar la prestación de los servicios de guardería, el Instituto establecerá instalaciones especiales, por zonas convenientemente localizadas en relación a los centros de trabajo y de habitación, y en las localidades donde opere el régimen obligatorio.*

Artículo 205. *Las madres aseguradas, los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato, tendrán derecho a los servicios de guardería, durante las horas de su jornada*

de trabajo, en la forma y términos establecidos en esta Ley y en el reglamento relativo.

El servicio de guarderías se proporcionará en el turno matutino y vespertino, pudiendo tener acceso a alguno de estos turnos, el hijo del trabajador cuya jornada de labores sea nocturna.

Artículo 206. *Los servicios de guarderías se proporcionarán a los menores a que se refiere el artículo 201 desde la edad de cuarenta y tres días hasta que cumplan cuatro años.*

Artículo 207. *Los asegurados a que se refiere esta Sección tendrán derecho al servicio a partir de que el trabajador sea dado de alta ante el Instituto y cuando sean dados de baja en el régimen obligatorio conservarán durante las cuatro semanas posteriores a dicha baja, el derecho a las prestaciones de este seguro.*

Artículo 211. *El monto de la prima para este seguro será del uno por ciento sobre el salario base de cotización. Para prestaciones sociales solamente se podrá destinar hasta el veinte por ciento de dicho monto.*

Artículo 212. *Los patrones cubrirán íntegramente la prima para el financiamiento de las prestaciones de este capítulo, esto independientemente que tengan o no trabajadores de los señalados en el artículo 201 a su servicio.*

Artículo 213. *El Instituto podrá celebrar convenios de reversión de cuotas o subrogación de servicios, con los patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos, cuando reúnan los requisitos señalados en las disposiciones relativas.*

Artículo 237-A.- *En aquellos lugares donde el Instituto no cuente con instalaciones, a juicio del propio Instituto, para prestar los servicios de salud que tiene encomendados, éste podrá celebrar convenios con los*

patrones del campo, para que éstos otorguen a sus trabajadores las prestaciones en especie correspondientes al Seguro de Enfermedades y Maternidad a que se refiere la Sección Segunda, Capítulo IV, del Título Segundo de esta Ley, relativas a servicios médicos y hospitalarios, pudiendo convenirse en la reversión de una parte de la cuota obrero patronal en proporción a la naturaleza y cuantía de los servicios otorgados, a través de un esquema programado de reembolsos, en los términos que establezcan las reglas de carácter general que para tal efecto expida el Consejo Técnico.

Asimismo, en aquellos lugares donde el Instituto no cuente con instalaciones, a juicio del propio Instituto, para prestar los servicios de guardería que tiene encomendados, éste podrá celebrar convenios con los patrones del campo y organizaciones de trabajadores eventuales del campo para la subrogación de los servicios que contempla el Ramo de Guarderías a que se refiere la Sección Primera, Capítulo VII, del Título Segundo, de esta Ley, en los términos que establezcan las reglas de carácter general que para tal efecto expida el Consejo Técnico.

En todo caso, los patrones del campo y las organizaciones a que se refiere este artículo estarán obligados a proporcionar al Instituto los informes y estadísticas que éste les exigiere y a sujetarse a las instrucciones, normas técnicas, inspecciones y vigilancia prescritas por el propio Instituto, en los términos de las reglas de carácter general que con respecto a los servicios médicos y de guarderías expida el Consejo Técnico.

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

- I. Administrar los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, guarderías y prestaciones sociales,*

salud para la familia, adicionales y otros, así como prestar los servicios de beneficio colectivo que señala esta Ley;

IV. En general, realizar toda clase de actos jurídicos necesarios para cumplir con sus fines, así como aquéllos que fueren necesarios para la administración de las finanzas institucionales;

VIII. Expedir lineamientos de observancia general para la aplicación para efectos administrativos de esta Ley;

XIII. Establecer los procedimientos para la inscripción, cobro de cuotas y otorgamiento de prestaciones;

Artículo 263. *El Consejo Técnico es el órgano de gobierno, representante legal y el administrador del Instituto y estará integrado hasta por doce miembros, correspondiendo designar cuatro de ellos a los representantes patronales en la Asamblea General, cuatro a los representantes de los trabajadores y cuatro a los representantes del Estado, con sus respectivos suplentes y el Ejecutivo Federal cuando lo estime conveniente, podrá disminuir a la mitad la representación estatal.*

Artículo 264. *El Consejo Técnico tendrá las atribuciones siguientes:*

III. Resolver sobre las operaciones del Instituto, exceptuando aquellas que por su importancia ameriten acuerdo expreso de la Asamblea General, de conformidad con lo que al respecto determine esta Ley y el reglamento;

*VII. Autorizar la celebración de convenios relativos al pago de cuotas, pudiendo delegar esta facultad, a las unidades administrativas que señale el Reglamento Interior, así como **emitir las disposiciones** de carácter general sobre reversión de cuotas*

*para los seguros que expresamente establece esta Ley y las **correspondientes a la prestación indirecta de servicios;***

XVII. *Las demás que señalen esta Ley y sus reglamentos.*

REGLAMENTO INTERIOR DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL

Artículo 31. *El Consejo Técnico, además de las atribuciones que le confiere el artículo 264 de la Ley, tendrá las siguientes:*

II. *Emitir las disposiciones de carácter general que fuesen necesarias para la exacta observancia de la Ley;*

XVI. *Establecer, con sujeción a las disposiciones legales relativas, las normas y bases para la adquisición, arrendamientos y servicios; obras públicas y servicios relacionados con las mismas, así como para la adquisición, arrendamiento y enajenación de inmuebles que el Instituto requiera para la prestación de sus servicios, con excepción de aquellos inmuebles que la Ley General de Bienes Nacionales considere como del dominio público de la Federación;*

REGLAMENTO PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE GUARDERÍAS

Artículo 1.- *Los servicios de guardería, establecidos en el Título Segundo, sección primera del capítulo VII de la Ley del Seguro Social, se registrarán por lo dispuesto en el presente Reglamento, así como por las políticas y normas de orden técnico, administrativo y médico, que dicte el Instituto Mexicano del Seguro Social.*

A manera de antecedente, conviene señalar que la atribución establecida en el artículo 203 de la Ley del Seguro Social que entró en vigor el 1 de julio de 1997, se encontraba también prevista en el artículo 186 de la Ley del Seguro Social publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de marzo de 1973, con el siguiente texto:

Artículo 186. *Los servicios de guardería infantil incluirán el aseo, la alimentación, el cuidado de la salud, la educación y la recreación de los hijos de las trabajadoras aseguradas. Serán proporcionados por el Instituto Mexicano del Seguro Social, en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico.*

Por otra parte, el artículo 192 de esa Ley, vigente hasta el 30 de junio de 1997, establecía que el Instituto Mexicano del Seguro Social podría celebrar convenios de reversión de cuotas o subrogación de servicios, con los patrones que tuvieran instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos, cuando reunieran los requisitos señalados en las disposiciones relativas.

Asimismo, la Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de diciembre de 1995, en vigor a partir del 1 de julio de 1997, en su artículo 213 repite de manera literal lo establecido en el artículo 192 de la Ley anterior, al señalar que el Instituto podrá celebrar convenios de reversión de cuotas o subrogación de servicios, con los patrones que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos, cuando reúnan los requisitos señalados en las disposiciones relativas.

Dichas consideraciones son importantes, toda vez que la participación de terceros en la prestación de este servicio –sin considerar patrones del campo o asociaciones de trabajadores– no es exclusiva del período 2006-2009, sino que se remonta a 1983, en el que se emitió el Acuerdo número 844/83 del 11 de mayo de ese año, dictado por el H. Consejo Técnico mediante el cual se aprobó el denominado “Esquema Participativo” que permitió la expansión del servicio de

guarderías mediante la contratación de asociaciones civiles asesoradas técnicamente por el Instituto.¹²⁵

“Este Consejo Técnico aprueba la iniciación del programa denominado "Expansión del Servicio de Guarderías" que propone el C. Subdirector General de Servicios Institucionales en su Oficio 396 de fecha 6 de mayo de 1983, y acuerda que el citado Subdirector informe semestralmente a este Cuerpo Colegiado sobre el avance del mismo, sobre su costo-beneficio y sobre los resultados obtenidos con su iniciación, para que se determine sobre su continuidad”.

El programa de expansión con las características mencionadas, fue ratificado al año siguiente por acuerdo del H. Consejo Técnico, en los siguientes términos.¹²⁶

“Este Consejo Técnico ratifica el apoyo que ha otorgado al programa de Expansión del Servicio de Guarderías, aprobado en su Acuerdo número 844/83 del 11 de mayo de 1983, en el que se consigna la creación de las guarderías con esquemas de participación comunitaria, en atención a los beneficios que han obtenido los hijos de las trabajadoras”.

Posteriormente, en el año de 1988, el Consejo Técnico determinó implantar guarderías de este último esquema, en áreas urbanas, lo que representó la consolidación del mismo como la alternativa para la expansión del servicio.

En el documento denominado “Alianza Obrero Empresarial para el Fortalecimiento y Modernización de la Seguridad Social”, elaborado en 1995 por una comisión tripartita del H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, en lo referente al Ramo de Guarderías, se reconoció que era necesario darle un nuevo impulso como premisa de justicia para las mujeres trabajadoras.

¹²⁵ Acuerdo 844/83 del Consejo Técnico de once de mayo de mil novecientos ochenta y tres.

¹²⁶ Acuerdo 2292/84 del Consejo Técnico de veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

Esta es la razón, se dijo en ese entonces, por la que es urgente ampliar la oferta de lugares de guardería para los hijos de las madres trabajadoras. Se requiere que dicha ampliación se fundamente en la mayor disponibilidad de recursos para este fin y en la operación de esquemas de servicio menos costosos que los prevalecientes.

Asimismo, se indicó que debía darse por terminada la práctica de transferir fondos del Ramo de Guarderías al de Enfermedades y Maternidad, y fomentar la creación de nuevos espacios de acuerdo a los esquemas que han mostrado su viabilidad financiera, así como la capacidad de brindar un adecuado servicio.

En el mismo sentido, se reconoció que las prestaciones sociales que otorga el Instituto, son elemento central en la promoción de la salud y el bienestar comunitario. Su papel debe seguir siendo el de apoyar el desarrollo integral de la sociedad, complementando a los ramos de aseguramiento y haciendo realidad un concepto integral de seguridad social.

Es por ello que deberían apoyarse los servicios que se otorgan en prestaciones sociales y procurar su autosuficiencia financiera, ya que los fondos del Ramo de Pensiones dejarían de destinarse a estas actividades.

Por último, la Alianza destacó que era indispensable unificar las prestaciones sociales y el servicio de guarderías, a través del Seguro de Guarderías y Prestaciones Sociales.

De esta manera, el 4 de septiembre de 1995, mediante acuerdo 17.1, la entonces Comisión Ejecutiva para la Reorganización Administrativa del Instituto Mexicano del Seguro Social, aprobó el Esquema de guardería denominado **Vecinal Comunitario**, actualmente en operación.

Por tratarse de un modelo de guardería bajo la modalidad de “subrogación de servicios”, se requirió instrumentar el marco normativo que regulase las características inmobiliarias, jurídicas, financieras, administrativas y operativas, y

establecer los requisitos que debía cubrir la persona moral para convenir con el IMSS la “subrogación de servicios”.

Paralelamente se determinó centralizar algunas fases del proceso, entre ellas la evaluación de inmuebles, aprobación de la propuesta de cotización del servicio y suscripción de “convenios de subrogación”.

De conformidad con la información documental disponible, se señala que el éxito de este esquema de guardería se evidencia por los resultados obtenidos a través de revisiones efectuadas por la entonces Contraloría Interna en el IMSS, supervisiones delegacionales, evaluaciones al servicio, entrevistas a “subrogatarios” y análisis documentales, de los cuales destacan:

- Calidad en el otorgamiento del servicio.
- Eliminación de la inversión institucional en infraestructura de inmuebles.
- Reducción de tiempos en su implementación.
- Aumento sostenido en el número de grupos interesados en instalar guarderías.
- Generación de empleos, bajo el enfoque de que la guardería se considera una planta productiva, que requiere de personal para cumplir con su función.

Por otra parte, fue hasta la reforma a la Ley del Seguro Social, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de abril de 2005, que se introdujo la figura de la “subrogación de guarderías” en tratándose de patrones con trabajadores del campo como se estableció con anterioridad, al señalar en su artículo 237-A, que en aquellos lugares donde el Instituto Mexicano del Seguro Social no contase con instalaciones, a juicio del propio Instituto, para prestar los servicios de guardería que tiene encomendados, éste podrá celebrar convenios con los patrones del campo y organizaciones de trabajadores eventuales del campo para la

subrogación de los servicios que contempla el Ramo de Guarderías a que se refiere la Sección Primera, Capítulo VII, del Título Segundo, de la propia Ley del Seguro Social, en los términos que establezcan las reglas de carácter general que para tal efecto expida el Órgano de Gobierno del IMSS.

CAPÍTULO QUINTO
DE LAS FACULTADES DEL CONSEJO TÉCNICO DEL IMSS PARA
AUTORIZAR LA SUBROGACIÓN DEL SERVICIO DE GUARDERÍAS A
PARTICULARES DISTINTOS A LOS ESTABLECIDOS EN LOS ARTÍCULOS
213 Y 237-A DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL.

5.1. De la Subrogación.

Se considera necesario para efectos de comprensión del presente capítulo establecer el concepto jurídico de subrogación y cómo se adecua en materia de seguridad social, por lo que en ese sentido me permito exponer en primer lugar el citado concepto desde la perspectiva del derecho común.

5.1.1 La subrogación conforme al Derecho Común.

Antecedentes conforme al Derecho Romano.

Los antecedentes romanos de la subrogación deben buscarse en lo que se conoce como *beneficium cedendarum actionum*, o sea, beneficio de cesión de acciones , que se refiere a casos en los que, en virtud de la ley , esto es, sin necesidad de tenerse que recurrir a una cesión voluntaria del crédito por parte del acreedor, una persona que paga, adquiere, *ipso iure*, la acción con la que contaba el acreedor pagado, para hacerse reembolsar, por lo que la acción se denomina genéricamente como “acción de regreso”.

En la época clásica, los supuestos en los que se otorga este beneficio están vinculados con el tema de la fianza: el fiador que paga tiene posibilidad de reclamar lo pagado al deudor principal, sin necesidad de que el acreedor pagado haga expresamente cesión de su acción. Igualmente, para el caso de cofiadores, el fiador que paga la deuda íntegra, puede repetir contra los demás cofiadores.¹²⁷

¹²⁷ Régimen dispuesto por la *lex Apuleia* (s. III a. C.).

5.1.2 Concepto de Subrogación.

Subrogar significa substituir o poner a una persona o cosa en lugar de otra. Así tenemos que una forma de transmitir las obligaciones es la subrogación, la que se efectúa por ministerio de la ley o convencionalmente, cuando un tercero a una relación jurídica viene a ocupar el lugar del acreedor. Esta subrogación del acreedor por un tercero se da cuando quien tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación de un deudor paga por éste al acreedor.¹²⁸

5.1.3 La Subrogación Convencional.

Respecto de la subrogación convencional cabe mencionar que el Código Civil Federal anterior se ocupaba expresamente de esta figura al establecer en su artículo 1952 que: *“La subrogación convencional tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero y le subroga en sus derechos y privilegios, acciones o hipotecas contra el deudor. Esta subrogación debe ser expresa y hacerse al mismo tiempo que el pago”*.

Actualmente el Código Civil Federal no la contempla en el apartado que regula a la subrogación, no obstante conforme al artículo 2072, se desprende que no está prohibida, al disponer lo siguiente:

***Artículo 2072.-** El acreedor está obligado a aceptar el pago hecho por un tercero; pero no está obligado a subrogarle en sus derechos, fuera de los casos previstos en los artículos 2058 y 2059.*

5.1.4 La Subrogación Legal.

La subrogación legal es aquella que se verifica por ministerio de ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados, cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

¹²⁸ AZÚA REYES, Sergio T, Teoría General de la Obligaciones, Porrúa, México, p. 329.

El artículo 2058 del Código Civil Federal regula los supuestos en los que se presenta la subrogación legal:

Artículo 2058.- *La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:*

I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;

II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;

III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia;

IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

De los supuestos en cita, se desprende que en todos los casos quien paga tiene un interés jurídico, lo que implica una conveniencia para adquirir una mejor prelación en el pago o una posición más ventajosa.

Por su parte el artículo 2059 del Código Civil Federal, también contempla a la subrogación legal, que es el caso llamado mutuo subrogatorio:

Artículo 2059.- *Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.*

Este artículo se refiere al caso no en que el tercero paga directamente al acreedor, sino que da al deudor los fondos para que él mismo pague. Resulta en este sentido, muy importante, puesto que se distingue de un mutuo ordinario, en el que presta el dinero no está afectando el fin del préstamo, y en consecuencia, el deudor puede hacer con la suma mutuada lo que mejor le parezca, impidiéndose, en fin, la subrogación, y el mutuo con afectación, en donde ésta sí opera, siempre que se presenten los requisitos mencionados por el artículo.

El artículo 2060 del Código Civil Federal regula a la subrogación total, la cual tendrá lugar en las deudas de solución indivisible, lo cual resulta criticable en tanto que no podría nunca presentarse el caso en que un pago indivisible se hiciera por parcialidades.

Por último es importante señalar los efectos de la subrogación, la cual al tratarse de una transmisión y no de una extinción de las obligaciones, el crédito pagado por el tercero subsiste para él en las mismas condiciones que el acreedor a que se ha pagado, pudiendo exigir el monto total de la obligación de la obligación y siéndole transmitidos todos sus accesorios.

Por otro lado si son varios los que han pagado al acreedor, y el deudor no puede reembolsar todo, entonces se prorratan sus bienes, de acuerdo con el artículo siguiente:

***Artículo 2061.-** El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata.*

5.1.5 La subrogación de servicios conforme a la Ley del Seguro Social

La subrogación conforme a la Ley del Seguro se encuentra por principio de cuentas en las fracciones II y III de su artículo 89, al disponer lo siguiente:

*“**Artículo 89.** El Instituto prestará los servicios que tiene encomendados, en cualquiera de las siguientes formas:*

...

II. Indirectamente, en virtud de convenios con otros organismos públicos o particulares, para que se encarguen de impartir los servicios del ramo de enfermedades y maternidad y proporcionar las prestaciones en especie y subsidios del ramo de riesgos de trabajo, siempre bajo la vigilancia y responsabilidad del Instituto. Los convenios fijarán el plazo de su vigencia, la amplitud del servicio subrogado, los pagos que deban hacerse, la forma de cubrirlos y las causas y procedimientos de terminación, así como las demás condiciones pertinentes;

III. Asimismo, podrá celebrar convenios con quienes tuvieren establecidos servicios médicos y hospitalarios, pudiendo convenirse, si se tratare de patrones con obligación al seguro, en la reversión de una parte de la cuota patronal y obrera en proporción a la naturaleza y cuantía de los servicios relativos. En dichos convenios se pactará, en su caso, el pago de subsidios mediante un sistema de reembolsos. Estos convenios no podrán celebrarse sin la previa anuencia de los trabajadores o de su organización representativa, y

...

En todo caso, las personas, empresas o entidades a que se refiere este artículo, estarán obligadas a proporcionar al Instituto los informes y estadísticas médicas o administrativas que éste les exigiere y a sujetarse a las instrucciones, normas técnicas, inspecciones y vigilancia prescritas por el mismo Instituto, en los términos de los reglamentos que con respecto a los servicios médicos se expidan”.

En este sentido, el Instituto mediante la subrogación a que se refieren las fracciones II y III del artículo en cita, el Instituto puede transmitir la prestación del Servicio a los derechohabientes a otra persona jurídica, que las asume en las mismas condiciones en que éste las otorga.

Esta subrogación de servicios se puede presentar en dos formas, en virtud de lo siguiente:

- El instituto no puede atender la totalidad de la demanda de determinados servicios de derechohabencia.
- Los costos unitarios de prestarlos directamente pueden ser superiores a las cantidades que se erogarán si se transmitiera esta obligación a un tercero.
- El costo de atención de los trabajadores de un patrón que tiene establecidos servicios médicos es menor si el empleador, siempre que tenga la capacidad para hacerlo le otorga directamente los servicios.

Las primeras dos son la causa del contenido de la fracción II, que se refiere a la subrogación sin reversión de cuotas y la última origina la fracción III e implica que

se efectúa una subrogación en la que se pacte con los patronos que sean ellos quienes presten directamente el servicio a sus trabajadores mediante la devolución de una proporción de las cuotas obrero-patronales, figura que se conoce como la subrogación con reversión de cuotas.

La subrogación sin reversión.

Como se comentó la fracción II del artículo 89 de la Ley del Seguro Social, se dilucida a la subrogación sin reversión, la cual puede llevarse a cabo mediante convenios con organismos públicos y particulares, los cuales en términos de la Ley General de Salud¹²⁹ deben ser prestadores de servicios de salud, cumplir con la normatividad de la materia y contar con los permisos de la autoridad sanitaria.

Lo anterior es indispensable ya que la materia de los mismos es transmitir a dichos organismos la obligación que tiene el instituto de otorgar los servicios del ramo de enfermedades y maternidad y proporcionar las prestaciones en especie del seguro de riesgos de trabajo.

Esta transferencia puede realizarse siguiendo el criterio de servicio, la región o el nivel de atención, es decir, el Instituto está facultado para convenir que cierta prestación, por ejemplo la práctica de algún procedimiento de diagnóstico o una operación quirúrgica, la otorgue otro prestador de servicios de salud en determinada región en la que el Instituto no posee los elementos suficientes para proporcionarla directamente, a cambio de una contraprestación, previamente fijada en el convenio a que se refiere la fracción en comento.

¹²⁹ *Ley General de Salud*, “Artículo 34.- Para los efectos de esta Ley, los servicios de salud, atendiendo a los prestadores de los mismos, se clasifican en:

- I.** Servicios públicos a la población en general;
- II.** Servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo Federal, presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios;
- III.** Servicios sociales y privados, sea cual fuere la forma en que se contraten, y
- IV.** Otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria.

A pesar de que el Instituto no presta directamente el servicio, no se desprende de su responsabilidad ante la derechohabencia por su carácter de organismo público descentralizado encargado de la organización y administración del Seguro Social. Por esta razón, el legislador le impone la obligación de vigilar que los servicios se presten con calidad y oportunidad. Aun más esta subrogación se puede efectuar mediante el pago de una cuota a una organización prestadora de servicios médicos, que se comprometa a prestar el mismo tipo de servicios, tanto en su naturaleza como en su cantidad, que otorga el Instituto en forma directa y que efectivamente lo realice cuando se presente la eventualidad, es decir, el Instituto puede convenir con prestadores de servicios médico de naturaleza pública y privada, para que éstos procedan a la atención de un grupo determinado de derechohabientes cuando alguno de sus miembros sufra el riesgo protegido.

La subrogación por cuota implica que se subroga la atención de un grupo de derechohabientes y obliga a que la prestación de servicios, que deberá estar previamente certificada por el Instituto, cubre tres niveles de atención. La definición en este grupo puede establecerse por diversos criterios:

- Patrón o grupo de patrones
- Región.

Asimismo, también podrá subrogarse el pago de subsidio en el seguro de riesgos de trabajo, que es una prestación en dinero y que se encuentra vinculada con la prestación de la atención médica y a la expedición de los certificados de incapacidad temporal para el trabajo conforme a los artículos 41, 42, 50, 56, 57, 58 fracción I y 85.

La subrogación con reversión de cuotas.

La fracción III, del multicitado artículo 89 de la Ley del Seguro Social, faculta al Instituto a celebrar convenios con aquellos patrones que tuvieran servicios médicos y hospitalarios.

Respecto de esta subrogación la transmisión de la obligación de otorgar las prestaciones a que se refiere la fracción II (servicios del ramo de enfermedades y maternidad y proporcionar las prestaciones en especie y subsidios del ramo de riesgo de trabajo) al patrón que a su vez presta servicios médicos y la contratación consiste en que el patrón que asume esta obligación, recibe a cambio que el Instituto revierta una parte de la cuota obrero-patronal.

Para tal efecto, debe contarse con la anuencia de los trabajadores o de su organización representativa, ya que el trabajador de un patrón que convenga con el Instituto este tipo de subrogación será atendido médicamente, cuando ocurra alguno de los siniestros protegidos por los seguros mencionados, por los prestadores de servicios médicos que tuviere el patrón y ello pudiera afectar sus intereses.

El esquema de subrogación de servicios con reversión de cuotas, para que garantice una adecuada atención a los trabajadores y sus beneficiarios, debe ceñirse a los principios siguientes:

- **No discriminación:** consistente en que todos los trabajadores, sin importar sus funciones, sueldo o cargo en la estructura organizacional de la empresa, reciban la misma atención médica.
- **Integralidad:** que se refiere a que la atención médica se otorgue en los aspectos preventivos, curativos y de rehabilitación, incluyendo urgencias, así como en los tres niveles de atención y prestando los servicios básicos.
- **No discrecionalidad:** que consiste en fijar en el reglamento requisitos objetivos para que un patrón que los reúna, pueda solicitar y le sea concedida la celebración del convenio de reversión de cuotas.

Estos principios resultan aplicables en el caso de que un prestador de servicios médicos pacte, en términos de la fracción II, la subrogación de los servicios médicos respecto a un grupo de derechohabientes, cuyo criterio de definición

para establecer la extensión de dicho grupo sea el de patrón o universo de patronos.

En caso de que el patrón preste el servicio médico a sus trabajadores a través de un tercero, éste debe cumplir con las obligaciones contenidas en el párrafo último del artículo 89 de la Ley del Seguro Social y para tal efecto permitir las labores de supervisión y verificación que realice el Instituto en el cumplimiento de los ordenamientos reglamentarios.

5.1.6 La subrogación del servicio de guarderías conforme a la Ley del Seguro Social.

Respecto de este rubro, la regulación se ubica en los artículos 213 y 237-A de la Ley del Seguro Social:

***Artículo 213.** El Instituto podrá celebrar convenios de reversión de cuotas o subrogación de servicios, con los patronos que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos, cuando reúnan los requisitos señalados en las disposiciones relativas.*

De la lectura al precepto transcrito, se desprende que la subrogación bajo este precepto puede conceptualizarse como la trasmisión del servicio de guardería a los patronos que tengan instaladas guarderías en sus empresas o establecimientos a cambio del pago de una cantidad convenida a cargo del Instituto.

Otro supuesto de subrogación respecto del seguro de guarderías lo contempla el segundo párrafo del artículo 237-A del Ley del Seguro Social, al establecer lo siguiente:

Artículo 237-A.- ...

Asimismo, en aquellos lugares donde el Instituto no cuente con instalaciones, a juicio del propio Instituto, para prestar los servicios de guardería que tiene encomendados, éste podrá celebrar convenios con los patronos del campo y

organizaciones de trabajadores eventuales del campo para la subrogación de los servicios que contempla el Ramo de Guarderías a que se refiere la Sección Primera, Capítulo VII, del Título Segundo, de esta Ley, en los términos que establezcan las reglas de carácter general que para tal efecto expida el Consejo Técnico.

De conformidad con el supuesto legal aludido el Instituto cuenta con la facultad de celebrar convenios de subrogación con los patrones del campo y organizaciones de trabajadores eventuales del campo, cuando no se tiene instalaciones para prestar tales servicios de conformidad con las disposiciones establecidas en el ramo de Guarderías.

5.2 Facultades del Consejo Técnico en Cuanto al Seguro de Guarderías.

En virtud de este punto se analizarán las facultades del Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social, en cuanto al seguro de Guarderías, estableciéndose con antelación la naturaleza jurídica de éste, lo cual es de suma importancia en cuanto al tema que nos ocupa.

5.2.1 Naturaleza Jurídica del Consejo Técnico del IMSS.

Según la Enciclopedia Jurídica Mexicana,¹³⁰ para el Derecho Administrativo la “descentralización” es una forma jurídica en que se organiza la Administración Pública, mediante la creación de entes públicos por el legislador dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios, y responsables de una actividad específica de interés público.

A través de esta forma de organización y acción administrativas, que es la descentralización, se atienden fundamentalmente servicios públicos específicos.

La mayor parte de los autores mexicanos, de manera general reconocen dos clases de descentralización administrativa: por servicio y por región.

¹³⁰ Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo III. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. México 2002, p. 449.

La descentralización administrativa por servicio se significa por la creación de organismos *ad hoc* para prestar determinados servicios públicos, como es el caso de la Comisión Federal de Electricidad, el Instituto Mexicano del Seguro Social y la Universidad Nacional Autónoma de México, entre otros.

Por su parte, en la descentralización administrativa por región, el símbolo distintivo es la constitución de organismos para la atención y satisfacción de las necesidades públicas de una región; el caso típico de este tipo de descentralización es el municipio.

La descentralización administrativa, en estricto sentido, existe cuando se crean organismos con personalidad jurídica propia, mediante disposiciones legislativas, para realizar una actividad que compete al Estado, o que es de interés público.

En el Derecho Mexicano, el sustento de creación de los organismos públicos descentralizados y, en general de toda la Administración Pública Paraestatal, lo encontramos en el artículo 90 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para efectos del presente documento, el contenido de este artículo, así como de los numerales 92 y 93 de la Constitución, son esenciales, razón por la cual nos permitimos transcribirlos a continuación:

“Artículo 90. La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

La leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado”.

“Artículo 92. Todos los reglamentos, decretos, acuerdos y órdenes del Presidente deberán estar firmados por el Secretario de Estado a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos”.

“Artículo 93.- Los Secretarios del Despacho, luego que esté abierto el periodo de sesiones ordinarias, darán cuenta al Congreso del estado que guarden sus respectivos ramos.

Cualquiera de las Cámaras podrá convocar a los Secretarios de Estado, al Procurador General de la República, a los directores y administradores de las entidades paraestatales, así como a los titulares de los órganos autónomos, para que informen bajo protesta de decir verdad, cuando se discuta una ley o se estudie un negocio concerniente a sus respectivos ramos o actividades o para que respondan a interpelaciones o preguntas.

Las Cámaras, a pedido de una cuarta parte de sus miembros, tratándose de los diputados, y de la mitad, si se trata de los Senadores, tienen la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de dichos organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones se harán del conocimiento del Ejecutivo Federal.

Las Cámaras podrán requerir información o documentación a los titulares de las dependencias y entidades del gobierno federal, mediante pregunta por escrito, la cual deberá ser respondida en un término no mayor a 15 días naturales a partir de su recepción.

El ejercicio de estas atribuciones se realizará de conformidad con la Ley del Congreso y sus reglamentos”.

Al respecto, el Poder Judicial de la Federación también ha fijado su posición respecto a los organismos públicos descentralizados, por lo que resulta procedente recordar el contenido de la tesis siguiente:

“ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS. FORMAN PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. El artículo 90 constitucional consigna las bases de la administración pública federal, al señalar que ésta será centralizada y paraestatal remitiendo a la ley orgánica que expida el Congreso, la cual distribuirá los negocios del orden administrativo entre las secretarías de Estado y departamentos administrativos y sentará los principios generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación. Este dispositivo constitucional y, entre otros, los artículos 1o., 3o., 45, 48, 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reglamentaria de este dispositivo constitucional, y 14 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, dan sustento jurídico a los organismos descentralizados que forman parte de la administración pública paraestatal. Efectivamente, las atribuciones del Estado mexicano se han incrementado con el tiempo. De un estado de derecho pasamos a un estado social de derecho, en el que el crecimiento de la colectividad y concomitantemente de los problemas y necesidades de ésta suscitaron una creciente intervención del ente público en diversas actividades, tanto de prestación de servicios como de producción y comercialización de productos. En este sentido, en la década de los ochenta se advierten profundos cambios constitucionales que dieron paso a la llamada rectoría económica del Estado en materia económica. Consecuentemente, la estructura estatal se modificó y creció, específicamente en el ámbito del Poder Ejecutivo, en cuyo seno se gestó la llamada administración paraestatal formada, entre otros entes, por los organismos descentralizados. Con el objeto de dar coherencia y lograr el cumplimiento de la función administrativa encomendada al Poder Ejecutivo, la administración pública se organiza de dos formas: la centralizada y la paraestatal. La administración pública centralizada se presenta como una estructura de órganos en niveles diversos, dependientes unos de otros en una relación de jerarquía presidida por un jefe máximo, en el nivel federal encarnado en el presidente de la República y, en el local, en los gobernadores de los Estados. La administración pública paraestatal y, concretamente, los organismos

descentralizados, se encuentran desvinculados en diverso grado de la administración central, a los que se encomienda el desempeño de algunas tareas administrativas por motivos de servicio, colaboración o por región. En este orden de ideas, los organismos descentralizados no forman parte del Poder Ejecutivo en tanto que son componentes de la administración pública, cuyo objeto general es auxiliarlo en el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de asuntos del orden administrativo, pero que tienen objetos específicos diversos, a saber los que refiere el artículo 14 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales.

Amparo en revisión 2616/98. Ediciones y Publicaciones Zeta, S.A. de C.V. 21 de octubre de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el dieciséis de noviembre en curso, aprobó, con el número XCII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve”.¹³¹

De igual forma, todos los organismos descentralizados cuentan con un régimen jurídico que regula su personalidad, su patrimonio, su denominación, su objeto y su actividad. Este régimen generalmente lo constituye lo que pudiéramos llamar su “Ley Orgánica”. Cabe aclarar que la actividad de los organismos descentralizados se regula tanto por normas de derecho público, como por normas de derecho privado.

Dentro de este contexto, de acuerdo a su naturaleza, el IMSS corresponde a un ente público descentralizado de la Administración Pública Federal, en términos de

¹³¹ Registro No. 192756. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. X, Diciembre de 1999. Página: 21. Tesis: P. XCII/99. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa, Constitucional.

dispuesto en los artículos 3, fracción I, y 45 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal:

“Artículo 3.- El Poder Ejecutivo de la Unión se auxiliará en los términos de las disposiciones legales correspondientes, de las siguientes entidades de la administración pública paraestatal:

I. Organismos descentralizados”;

“Artículo 45.- Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten”.

Dentro de este marco jurídico, el artículo 5 de la Ley del Seguro Social, manifiesta que la organización y administración del Seguro Social, en los términos consignados en esa Ley, están a cargo del organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, de integración operativa tripartita, en razón de que a la misma concurren los sectores público, social y privado, denominado Instituto Mexicano del Seguro Social, el cual tiene también el carácter de organismo fiscal autónomo.

En este sentido, el Poder Judicial de la Federación ha confirmado la naturaleza jurídica del Instituto con la tesis siguiente:

“SEGURO SOCIAL, INSTITUTO MEXICANO DEL. SU CARÁCTER DE ORGANISMO FISCAL AUTÓNOMO NO MODIFICA SU NATURALEZA JURÍDICA DE ORGANISMO DESCENTRALIZADO. La circunstancia de que el artículo 135 de la anterior Ley del Seguro Social (cuyo contenido normativo reproducen, substancialmente, los artículos 267, 268 y 271 de la vigente ley) otorgue al Instituto Mexicano del Seguro Social la calidad de organismo fiscal autónomo y que, como tal, tenga facultades para realizar actos de naturaleza jurídica que afectan la esfera de los particulares, así como para imponer a éstos el

acatamiento de sus determinaciones, sólo significa que en este limitado ámbito de su actuación y precisamente para las finalidades previstas por el mencionado precepto legal, está investido del carácter de autoridad. Estas atribuciones que se han considerado necesarias para el resguardo de la eficaz prestación del servicio público obligatorio que le compete, en nada modifican su intrínseca estructura legal de organismo público descentralizado con personalidad jurídica propia y, por lo tanto, como entidad separada de la administración central.

Amparo en revisión 3289/85. Triturados Basálticos y Derivados, S. A. 4 de septiembre de 1985. 5 votos. Ponente: Atanasio González Martínez. Volúmenes 187-192, pág. 131. Amparo directo 1262/69. Instituto Mexicano del Seguro Social. 25 de abril de 1973. 5 votos. Ponente: Pedro Guerrero Martínez”¹³²

El patrimonio del IMSS está constituido por los bienes muebles e inmuebles de cualquier naturaleza, con excepción de aquellos provenientes de adjudicación o dación en pago por adeudo de cuotas obrero patronales, capitales constitutivos y accesorios, así como cualquier otro que se afecte expresamente a las reservas que el Instituto deba constituir en términos de su Ley; los derechos de propiedad y posesión de bienes muebles e inmuebles, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que por justo título obren en poder del Instituto; los derechos de cualquier naturaleza que el Instituto obtenga o pueda obtener; las donaciones, herencias, legados, adjudicaciones, subsidios y transferencias que se hagan a su favor en que no se preestablezca el destino de los bienes o derechos correspondientes; los intereses, dividendos, realización de activos, alquileres, rentas, rendimientos, utilidades, frutos y productos de cualquier clase, que generen los bienes y derechos afectos a su patrimonio, y cualesquier otros ingresos que le señalen las leyes y reglamentos.

¹³² Registro No. 237282. Localización: Séptima Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 199-204 Tercera Parte. Página: 69. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

Todos los bienes inmuebles que formen parte del patrimonio del IMSS, estarán destinados al servicio público de carácter nacional del Seguro Social a que se refiere el artículo 4 de dicha Ley, y tendrán el carácter de bienes del dominio público de la Federación.

Algo que debemos dejar muy claro es que la autonomía es consustancial a los organismos descentralizados; es decir, su separación de la administración central, es natural, es la razón de ser de esta forma de organización, por lo que los organismos descentralizados no deben estar sujetos a las decisiones de la administración central y, por lo mismo, deben ser regulados de acuerdo con sus especiales características.

El hecho de dotar de personalidad jurídica y patrimonio propios a los organismos descentralizados, constituye, precisamente, la garantía específica de la autonomía de estos entes públicos. De ahí que en la medida en que se pretenda menguar o regular en forma exagerada por parte de la administración central este signo distintivo, se hará nugatoria la autonomía de los mismos. Es por esta razón que su autonomía económica, o sea, la libre disposición de los bienes que forman su patrimonio, así como la aprobación y ejecución de su presupuesto sin injerencia de ninguna autoridad central, sean elementos indispensables para el óptimo resultado de esta forma de organización de la administración pública.

Al poseer el IMSS la naturaleza jurídica de organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal, le son aplicables las disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, entre otras, las siguientes:

- **El Instituto Mexicano del Seguro Social se regirá por su ley específica en cuanto a las estructuras de sus órganos de gobierno** y vigilancia, pero en cuanto a su funcionamiento, operación, desarrollo y control, en lo que no se oponga a aquella ley específica, se sujetará a las disposiciones de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (artículo 5°).
- **En las leyes** o decretos relativos **que se expidan** por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal **para la creación de un organismo**

descentralizado se establecerán, entre otros elementos: **la manera de integrar el Órgano de Gobierno y de designar al Director General, así como las facultades y obligaciones del Órgano de Gobierno** señalando cuáles de dichas facultades son indelegables (artículo 15, fracciones V y VI).

- **La administración de los organismos descentralizados estará a cargo de un Órgano de Gobierno** que podrá ser una Junta de Gobierno o su equivalente, y un Director General (artículo 17).

- **El Órgano de Gobierno estará integrado por no menos de cinco ni más de quince miembros propietarios** y de sus respectivos suplentes. Será presidido por el Titular de la Coordinadora de Sector o por la persona que éste designe. El cargo de miembro del Órgano de Gobierno será estrictamente personal y no podrá desempeñarse por medio de representantes (artículo 18).

- **El Órgano de Gobierno** para el logro de los objetivos y metas de sus programas, **ejercherà sus facultades con base en las políticas, lineamientos y prioridades** que conforme a lo dispuesto por esta Ley establezca el Ejecutivo Federal. **El Órgano de Gobierno podrá acordar la realización de todas las operaciones inherentes al objeto de la entidad** con sujeción a las disposiciones de esta Ley y, salvo aquellas facultades a que se contrae el artículo 58 de este ordenamiento, podrá delegar discrecionalmente sus facultades en el Director General (artículo 57).

- **Los órganos de gobierno** de las entidades paraestatales, **tendrán**, entre otras, **las atribuciones** indelegables para **establecer** en congruencia con los programas sectoriales, **las políticas generales y definir las prioridades a las que deberá sujetarse la entidad paraestatal** relativas a producción, productividad, comercialización, finanzas, investigación, desarrollo tecnológico y **administración general** (artículo 58, fracción I).

En armonía con lo dispuesto por la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, en la Ley del Seguro Social se regula la integración de su Órgano de Gobierno, con carácter tripartita, y se establecen las facultades correspondientes en los términos que a continuación se reseñan:

- La organización y administración del Seguro Social, en los términos consignados en esta Ley, están a cargo del **organismo público** descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, **de integración operativa tripartita, en razón de que a la misma concurren los sectores público, social y privado**, denominado Instituto Mexicano del Seguro Social, el cual tiene también el carácter de organismo fiscal autónomo (artículo 5).
- **La autoridad suprema del Instituto es la Asamblea General**, integrada por treinta miembros que serán designados en la forma siguiente: Diez por el Ejecutivo Federal; diez por las organizaciones patronales, y diez por las organizaciones de trabajadores. (artículo 258).
- **El Consejo Técnico es el órgano de gobierno, representante legal y el administrador del Instituto** y se integra hasta por doce miembros, correspondiendo designar cuatro de ellos a los representantes patronales en la Asamblea General, cuatro a los representantes de los trabajadores y cuatro a los representantes del Estado, con sus respectivos suplentes. El Director General presidirá siempre el Consejo Técnico (artículo 263).

5.3 De la Autorización del Consejo Técnico para Subrogar los Servicios de Guarderías.

Conforme a la Ley del Seguro Social, se desprende que no se contiene ninguna disposición que regule la manera en que deberán otorgarse los servicios de guarderías, sino que establece en términos generales la obligación del Instituto de prestar dicho servicio, **por lo que corresponde al Consejo Técnico emitir las normas correspondientes** de acuerdo a lo establecido en los artículos 203 y 264, fracción VII, de la misma Ley del Seguro Social.

En este sentido, los convenios de reversión de cuotas o de subrogación de servicios que pueden celebrarse con aquellos patrones que instalen guarderías en sus empresas o establecimientos, **también quedan supeditados al cumplimiento de los requisitos señalados por el Consejo Técnico en las disposiciones relativas.**

Lo explicado deja ver que la Ley del Seguro Social no define ningún esquema sobre el cual deba operar el seguro de guarderías ni prevé normas que regulen la manera en cómo se otorgue la prestación, lo que lleva a la necesaria revisión de las normas emitidas por el Consejo Técnico para conocer cuáles son los esquemas de operación del seguro de guarderías y en qué consiste cada uno.

A mayor abundamiento, en el Título Cuarto de la Ley del Seguro Social, particularmente en el artículo 251, fracciones I, IV, VI, VIII, se prevén como facultades y atribuciones del Instituto las de administrar el seguro de guarderías y establecerlas para el cumplimiento de sus fines, para lo cual le permite expedir lineamientos de observancia general para efectuar la aplicación de la ley. También se le faculta para que realice toda clase de actos jurídicos necesarios para cumplir con sus fines y para la administración de las finanzas institucionales.

En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 264, fracciones VII y XVII, en relación con el 203, de la Ley del Seguro Social, el Órgano de Gobierno del IMSS tiene como atribuciones expedir las disposiciones conforme a las cuales debe proporcionarse el servicio de guarderías, incluyendo la prestación indirecta de los mismos, por lo que lo jurídicamente cierto es que en uso de esa facultad el Consejo Técnico autorizó el Esquema Participativo del servicio de guarderías, que prevé la contratación de sociedades o asociaciones civiles para la prestación de los servicios mencionados.

De esta manera, el Consejo Técnico del IMSS hizo uso de la facultad expresa que le confirió el Congreso de la Unión en ejercicio de las atribuciones que tiene el Poder Legislativo para crear organismos públicos descentralizados y establecer la forma en que éstos se gobiernan y administran, al expedir la Ley del Seguro Social, a través de la cual lo autorizó para dictar reglas técnico-operativas dentro

del ámbito de su competencia, como ocurre en el presente caso, de conformidad con las disposiciones contenidas, entre otros, en los artículos 203, 251, fracción VIII, y 264, fracción VII, de la Ley del Seguro Social, así como 31, fracción II, del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social, transcritos anteriormente.

Sustenta esta afirmación la tesis siguiente:

“ACUERDOS DEL CONSEJO TÉCNICO DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL. LOS EMITIDOS CON BASE EN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 264, FRACCIÓN VII, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA TIENEN LA NATURALEZA DE REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS, POR LO QUE SE ENCUENTRAN SUJETOS A LOS PRINCIPIOS DE PRIMACÍA DE LA LEY Y PREFERENCIA REGLAMENTARIA. Al tenor de lo dispuesto en el referido numeral, el citado órgano tiene atribución para emitir las disposiciones de observancia general que sean necesarias para la exacta observancia de la Ley del Seguro Social, las cuales tienen la naturaleza de reglas generales administrativas, pues aun cuando el Congreso de la Unión las haya denominado "reglamentos", debe tenerse presente que mediante la respectiva habilitación no se permite a una autoridad administrativa ejercer la facultad reglamentaria reservada constitucionalmente al Presidente de la República, en virtud de que la regulación que derive del ejercicio de aquella potestad normativa tiene una naturaleza y una jerarquía diferentes a las que corresponden a los reglamentos del titular del Ejecutivo Federal. En efecto, dado que los referidos acuerdos son expedidos con base en una habilitación legal o, en su caso, reglamentaria, se encuentran jerárquicamente por debajo de las leyes del Congreso de la Unión y de los reglamentos del Presidente de la República, y al estar sujetos al principio de primacía de la ley y al diverso de preferencia reglamentaria su validez está condicionada a que lo dispuesto en ellos acate fielmente lo establecido tanto en la Constitución Federal como en las

mencionadas leyes y reglamentos, sin que puedan contrariar, limitar, excluir o derogar lo previsto en esos ordenamientos.

Contradicción de tesis 34/2001-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Quinto en Materia Administrativa del Primer Circuito, Primero en Materia Administrativa del Tercer Circuito, Segundo en Materia Administrativa del Segundo Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito, por una parte, y el Segundo en Materia Administrativa del Tercer Circuito, por la otra. 18 de octubre de 2002. Cinco votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Rafael Coello Cetina.

*Nota: Esta tesis no constituye jurisprudencia ya que no resuelve el tema de la contradicción planteada”.*¹³³

También es aplicable al caso, por analogía, la tesis siguiente:

“COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS FISCALES. DEBEN APLICARSE LAS REGLAS DE CARÁCTER GENERAL QUE ESTABLEZCA LA SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO QUE SE ENCUENTREN EN VIGOR AL EFECTUARSE AQUÉLLA, CUANDO SE TRATE DE CANTIDADES QUE NO DERIVAN DEL MISMO IMPUESTO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 23 DEL CÓDIGO FISCAL DE LA FEDERACIÓN VIGENTE EN 2003. *Las reglas de carácter general a que se refiere el precepto legal citado, emitidas en términos de los artículos 33, fracción I, inciso g), del Código Fiscal de la Federación y 14, fracción III, de la Ley del Servicio de Administración Tributaria, tienen como finalidad pormenorizar y precisar la regulación establecida en el propio Código Fiscal con el fin de lograr su eficaz aplicación, y están sujetas a los principios de reserva y primacía de la*

¹³³ Registro No. 185469. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Diciembre de 2002. Página: 259. Tesis: 2a. CLVI/2002. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

ley, por lo que no deben incidir en el ámbito reservado a ésta ni contravenir lo que dispone, sino ceñirse a ella. En esa tesitura, si conforme al segundo párrafo del artículo 23 del mencionado código las reglas de carácter general emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tienen como propósito establecer el medio para llevar a cabo la compensación de saldos a favor de los contribuyentes que no deriven de la misma contribución, es inconcuso que tales disposiciones son de carácter adjetivo y, por tanto, debe atenderse a las vigentes en que se efectúe dicha compensación, pues las normas adjetivas se expiden para encaminar las vías que deben seguirse a partir de ese momento, de manera que los procedimientos establecidos por la disposición posterior guían su actuación conforme a las nuevas normas; además, acorde con los artículos 22, antepenúltimo párrafo, 23, cuarto párrafo y 146 del referido código, el derecho para compensar saldos puede surgir en un determinado ejercicio fiscal pero el contribuyente cuenta con cinco años para solicitarla, lo que significa que dicha Secretaría de Estado cuenta con la facultad de cambiar las bases para efectuarla, sin que ello implique violación a la garantía de irretroactividad de la ley, consagrada en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que al aplicarse las reglas vigentes en el momento en que se efectúe la compensación, si bien el contribuyente sólo tenía una expectativa de derecho, esto es, la posibilidad de compensar las cantidades a su favor que no deriven de la misma contribución, tal circunstancia no se traduce en que hubiere adquirido el derecho a llevarla a cabo conforme a las reglas que existían cuando nació tal derecho, dado que la indicada Secretaría cuenta con la facultad de cambiarlas acorde con las necesidades económicas, administrativas o sociales, entre otras, que considere pertinentes atendiendo a la situación imperante y dentro de la órbita de sus facultades.

Contradicción de tesis 148/2004-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Tercero, ambos en Materia Administrativa del Segundo Circuito. 1o. de diciembre de 2004. Cinco

votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: César de Jesús Molina Suárez.

*Tesis de jurisprudencia 198/2004. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de diciembre de dos mil cuatro*¹³⁴.

Adicionalmente, resulta inobjetable que la autorización del Consejo Técnico de los esquemas y de la celebración de contratos de prestación de servicios de guarderías, constituye el ejercicio de una facultad expresamente establecida en los artículos 203 y 264, fracción VII, de la Ley del Seguro Social, que lleva a cabo ese Órgano de Gobierno del Instituto Mexicano del Seguro Social apreciando la oportunidad, el mérito o la conveniencia de dicho acto.

A mayor abundamiento, de la simple lectura de los artículos 203 y 264, fracción VII, de la Ley del Seguro Social, se considera que:

- A. Los servicios de guardería infantil incluirán el aseo, la alimentación, el cuidado de la salud, la educación y la recreación de los menores en la primera infancia, hijos de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos.
- B. Los servicios de guardería infantil serán proporcionados por el Instituto.
- C. Dichos servicios de guardería infantil a cargo del Instituto, se prestarán en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico.
- D. El Consejo Técnico, como Órgano Superior de Gobierno del IMSS, tiene atribuciones para emitir las disposiciones correspondientes a la prestación

¹³⁴ Registro: 179651. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Enero de 2005. Materia(s): Administrativa. Tesis: 2a./J. 198/2004. p. 507

indirecta de servicios, como es el caso de los correspondientes al Ramo de Guarderías.

Así, con estricto apego a lo que establecen los artículo 203 y 264, fracción VII, de la Ley del Seguro Social, el Consejo Técnico fijó los medios, formas y condiciones en que se deba otorgar el servicio de guarderías, cuyo seguro (Seguro de Guarderías y Prestaciones Sociales) administra el Instituto Mexicano del Seguro Social, conforme a lo establecido en la fracción XXIX, apartado A, del artículo 123, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y su ley reglamentaria.

Es decir, el legislador dejó, desde 1973, esta decisión enteramente al Consejo Técnico, con la única limitante de ajustarse a la propia Ley que crea el Instituto Mexicano del Seguro Social y a las demás normas jurídicas que sean aplicables al caso.

5.4 De la Facultad de Investigación Ejercida por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto de los hechos acaecidos en la Guardería ABC del IMSS, en Hermosillo Sonora.

Resulta de mucha trascendencia, para el tema que nos ocupa hacer alusión a las consideraciones emitidas respecto de la legalidad de los contratos de guardería que se subrogan a particulares por parte del IMSS, que se establecieron en el expediente 1/2009 relativo a la Facultad Investigación ejercida por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto de los hechos acontecidos en la Guardería ABC, en Hermosillo, Sonora por lo que en ese sentido me permito hacer una relatoría de las distintas etapas en las que se desarrolló la citada investigación, de conforme a lo siguiente:

En sesión de seis de agosto de dos mil nueve, previa solicitud hecha suya por el Ministro Sergio A. Valls Hernández, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó ejercer la facultad prevista en el artículo 97, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

para investigar los hechos ocurridos el día cinco de junio de dos mil nueve en la Guardería ABC, del esquema vecinal comunitario del Instituto Mexicano del Seguro Social, ubicada en la Ciudad de Hermosillo, Sonora, así como los actos administrativos y omisiones que dieron lugar a ellos, comisionándose para tal efecto a los Magistrados de Circuito María del Rosario Mota Cienfuegos y Carlos Ronzon Sevilla.

En sesión pública de treinta y uno de agosto de dos mil nueve, el Pleno de este Máximo Tribunal aprobó el Protocolo de Investigación sometido a su consideración por la Comisión Investigadora y concedió a ésta un plazo de seis meses para integrar la investigación correspondiente.

El veintiséis de febrero de dos mil diez, los Magistrados Comisionados, en cumplimiento a lo dispuesto por la Regla 19 del Acuerdo General Plenario 16/2007, presentaron a la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el Informe Preliminar, del cual se desprende que en relación con la legalidad de los contratos que subroga el IMSS a particulares distintos a los establecidos en el artículo 213 y 237-A de la Ley del Seguro Social, la citada comisión concluyó:¹³⁵:

“...Conforme a lo previsto en el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por los artículos 203 y 213 de la Ley del Seguro Social y 171 de la Ley Federal del Trabajo, los servicios de guardería únicamente pueden ser proporcionados por el Instituto Mexicano del Seguro Social y, excepcionalmente, por los patrones que celebren convenios de reversión de cuotas o subrogación de servicios.

El hecho de que el Consejo Técnico haya expedido disposiciones que permitan la posibilidad de que terceros ajenos a la relación laboral otorguen el servicio de guardería a hijos de derechohabientes, es una interpretación distinta a dichas normas que puede obedecer a la carencia de recursos económicos del Instituto Mexicano del Seguro Social para instalar y operar sus propias guarderías y a la urgente necesidad de proporcionar el servicio a cientos de miles de niños anualmente.

¹³⁵ Informe Preliminar Sobre el Ejercicio de la Facultad de Investigación 1/2009

Los contratos de prestación de servicios que actualmente ha venido otorgando el instituto para que particulares presten el servicio de guardería están fundados en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y en diversos acuerdos emitidos por su Consejo Técnico; sin embargo, el instituto carece de facultad legal para otorgarlos”.

En sesión pública de primero de marzo de dos mil diez, el Pleno del Alto Tribunal tuvo por rendido el Informe Preliminar de los Magistrados Comisionados y, con base en la Regla 22 del Acuerdo General Plenario 16/2007, designó al Ministro José Fernando Franco González Salas para la formulación del dictamen respectivo.

El dieciséis de marzo de dos mil diez, el Ministro José Fernando Franco González Salas consultó al Tribunal Pleno sobre si se encontraba en causa de impedimento para dictaminar la facultad de investigación 1/2009, con fundamento en el artículo 146, fracciones I y III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Por unanimidad de nueve votos, se determinó que el Ministro José Fernando Franco González Salas no se encontraba incurso en causal de impedimento. No obstante, el Ministro Presidente Ortiz Mayagoitia sometió a la consideración de los Ministros la conveniencia de relevarlo de la elaboración del dictamen relativo al ejercicio de la facultad de investigación aludida, a fin de que se hiciera cargo de ella el Ministro que siguiera en el turno.

En virtud de lo anterior, por unanimidad de nueve votos, se determinó relevar al Ministro Franco González Salas del conocimiento del asunto y turnarlo al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, reconociéndose la eficacia de las actuaciones realizadas por el primero dentro del expediente respectivo.

Concluido el plazo para el desahogo de la vista y recibidas las manifestaciones de las autoridades involucradas, el Ministro Ponente remitió el proyecto de dictamen a la Secretaría General de Acuerdos de este Alto Tribunal, a efecto de que se

diera cuenta con él al Tribunal Pleno, de lo cual se desprenden las siguientes consideraciones en relación con la legalidad de los contratos:¹³⁶

“En específico, el artículo 203 señala que los servicios de guardería infantil serán proporcionados por el Instituto en los términos de las disposiciones que al efecto expida el Consejo Técnico, sin que esto implique que deben ser proporcionados directamente por aquél, pues la remisión a las normas técnicas del Consejo Técnico le autoriza a establecer las modalidades para la prestación del servicio.

Lo anterior se corrobora con el contenido del artículo 251 de la Ley del Seguro Social, el cual prevé que el Instituto debe satisfacer las prestaciones establecidas en dicho ordenamiento –entre las que se encuentra el servicio de guardería-, para lo cual puede realizar todos los actos jurídicos a fin de cumplir con sus fines, así como expedir lineamientos de observancia general para la aplicación de la ley.

En congruencia con esta facultad, el artículo 31 del Reglamento Interior del Instituto, le da al Consejo Técnico atribuciones para emitir disposiciones de carácter general.

De manera específica, el Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guarderías, que desarrolla el contenido de la Ley del Seguro Social, establece que los servicios de guardería se regirán por las políticas y normas de orden técnico, administrativo y médico que dicte el Instituto.

De esta forma, el que el legislador haya delegado en el Consejo Técnico la emisión de las normas que regulen la prestación de los servicios de guardería infantil, implica que no es necesaria una disposición legal que previamente establezca un esquema determinado. Asimismo, la circunstancia de que el servicio de guardería se preste de manera directa o indirecta, a través de terceros, no son formas excluyentes entre sí, sino complementarias.

Por tanto, con base en estas normas, y tomando en cuenta la necesidad de ampliar el servicio a un mayor número de derechohabientes para hacer efectivos los derechos de las mujeres trabajadoras, así como la necesidad de racionalizar los recursos, el Instituto diseñó un sistema de subrogación que le permite enfrentar su obligación constitucional de

¹³⁶ Proyecto de Dictamen del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea respecto de la Facultad de Investigación 1/2009

proporcionar el servicio, el cual ha venido operando desde mil novecientos noventa y cinco, y ha sido incluso convalidado por diversos órganos fiscalizadores.

En conclusión, la interpretación legal con base en la cual el Instituto ha asumido competencia para el diseño del esquema y la suscripción de los contratos de subrogación con particulares, es válida a la luz del marco constitucional y legal”.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho Social es la base de la Seguridad Social, en donde se conjugan perfectamente los esfuerzos del Estado y los particulares para mediar los derechos de la clase proletaria en su origen y hoy en día su objetivo es alcanzar la protección de la población en general.

SEGUNDA.- El Derecho de la Seguridad Social: es el conjunto de normas jurídicas de carácter privado, público y social, accionada de manera conjunta por el Estado y los particulares, cuya finalidad es elevar la calidad de vida de toda la población, mediante la protección contra riesgos y contingencias sociales, profesionales y naturales y la satisfacción de necesidades elementales.

TERCERA.- El seguro social es el instrumento más eficaz de la Seguridad Social mexicana, debido a su propio financiamiento y a su amplia gama prestacionaria, ya que en él se incluyen las prestaciones básicas, obligatorias, públicas y contributivas que conforman la base de cualquier red de protección social.

CUARTA.- La seguridad social contempla el seguro de guarderías mediante la prestación de los servicios de guarda, cuidado, educación y apoyo asistencial a los niños hijos de trabajadores asegurados, dependiendo de la edad que corresponda según lo estipulado por cada instituto, cuando a los padres, a consecuencia del desempeño de su actividad laboral, no les es posible de manera personal ocuparse del cuidado de sus niños pequeños.

QUINTA.- Aún cuando no se prevea en la Ley del Seguro Social disposición que regule la prestación de los servicios de guarderías a través de particulares distintos a los establecidos en los artículos 213 y 237-A del citado ordenamiento, conforme a lo preceptuado por su artículo 203, se dilucida que no limita o prohíbe al Instituto el prestar los servicios de guardería de manera directa o indirecta. Simplemente la ley, en este caso, no hace distinción, la interpretación contraria implicaría, contravenir el principio general de derecho que establece **donde la ley no distingue no debe distinguirse**, de ahí, la inobjetable validez legal de la

atribución del Consejo Técnico del Instituto, para emitir las disposiciones que permitan la colaboración de terceros en la prestación del servicio de guarderías.

El Consejo Técnico y el Instituto Mexicano del Seguro Social, cuentan con las atribuciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para expedir las disposiciones conforme a las cuales se autorice la colaboración de terceros en el servicio de guarderías, a través de contratos de prestación de servicios, conforme a lo previsto en la Ley del Seguro Social y demás disposiciones reglamentarias, incluyendo aquellas que al efecto expida el propio Consejo Técnico del IMSS, con base en lo determinado en los artículos 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 171, de la Ley Federal del Trabajo; 11, fracción V, 201 al 207, 213, 237-A, 251, fracciones I, IV, VIII y XIII, y 264, fracciones III, VII y XVII, así como 277 F (cuando los contratos tienen el carácter de plurianual), de la Ley del Seguro Social; 31, fracciones II y XVI, del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social y 1, del Reglamento para la Prestación de los Servicios de Guarderías.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón, *La Seguridad Social en España*, Colección Divulgación Jurídica, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1999

ALARCÓN CARACUEL, Manuel R. y González Ortega, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 4ª ed. España, 1991

ÁLVAREZ DEL CASTILLO, Enrique, *El Derecho Social y los Derechos Sociales Mexicanos*, Ed. Porrúa, México, 1982

ARCE CANO, Gustavo, *De los Seguros Sociales a la Seguridad Social*, Ed. Porrúa, México, 1972

AZÚA REYES, Sergio T., *Teoría General de la Obligaciones*, Porrúa, México, 2004

BLASCO LAHOZ, José Francisco, López Gandía, Juan y Momparler Carrasco, Ma. de los Ángeles, *Curso de Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª ed., Valencia, 2001

BRAVO VALDÉS, Beatriz y Bravo González, Agustín, *Primer curso de Derecho Romano*, Ed. Pax México, 13ª ed., México, D.F. 1988

BRICEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho Mexicano de los Seguros Sociales*, Ed. Harla, 2ª ed., México, 1992

DE BUEN, Néstor, *Seguridad Social*, Ed. Porrúa, 2ª ed. México, D.F. 1999

DE BUEN LOZANO, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio Coord., *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ed. AIADTSS y UNAM, México, 1997

- DE FERRARI, Francisco, *Derecho del Trabajo*, Ed. Buenos Aires, 1996
- DE LA CUEVA, Mario, *Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Ed. Porrúa, México, 1971.
- _____, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1991
- ESCUADERO DE PAZ, Ángel, *Conferencia relativa a la ONU, UAEM, Morelos*, México, noviembre, 2001.
- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Ed. UNAM, México, 3ª ed., México, D.F. 1997.
- LEFUR Louies y otros, *Los fines del Derecho*, Ed. Manuales Universitarios, UNAM, 3ª ed., México, D.F. 1997
- LÓPEZ GUERRA, L. (edición de), *Constitución Española*, Ed. Tecnos, 6ª ed., Madrid, 2000
- MARTÍNEZ, Gabriel, *Pobreza y Política Social en México*, ITAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1997
- MENDIZÁBAL BERMUDEZ, Gabriela, *La Seguridad Social en México*, Ed. Porrúa, México 2005
- _____, *Internacionalización de la Seguridad Social Mexicana*, Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, UNAM, 1994
- MOLES, Ricardo R., *La integración Latinoamericana y la Seguridad Social*, Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, Cuadernos Técnicos No. 8, México, S.A.
- MORENO PADILLA, Javier, *Derecho Fiscal de la Seguridad Social 2003*, Dofiscal Editores, México, 2003, p. 125

OJEDA AVILÉS, Antonio y Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, *Seguridad Social de la Unión Europea*, Ed. Tecnosl, Madrid, España, 1994

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 6ª ed., México, 1998.

RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl, *Derecho fiscal*, Ed. Harla, 2ª ed., México, 1986

SÁNCHEZ FLORES, Octavio Guillermo, *El Contrato de Seguro Privado*, Ed. Porrúa, México, 2000

TENA SUCK, Rafael e Italo, Hugo, *Derecho de la Seguridad Social*, Ed. Pac, México, sin año

THUDE, Günther, *Los obreros y su Seguridad Social*, Traduce. Tribune, Berlín, Alemania, 1964

REVISTAS Y PUBLICACIONES

APARICIO TOVAR, Joaquín, “*La evolución regresiva de la Seguridad Social en el Periodo 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo*” en *Revista de Derecho Social* No. 19, Ed. Bombarzo, España, Julio-Septiembre, 2002

Boletín del Instituto Nacional de Previsión Social, Secretaría de Estado de Seguridad Social, No. 110, Buenos Aires, Julio, 1967

Boletín informativo, de la Dirección General del Archivo Histórico y Memoria Legislativa Año IV, No. 31, Mayo-Junio, 2004

DURAND, Paul, Tr. Vida Soria, José, *La Política Contemporánea de Seguridad Social*, Colección Seguridad Social, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991

FAJARDO ORTIZ, Guillermo, *La atención médica en México a lo largo del siglo XX*, en Memorias del 1er. Coloquio Interdisciplinario de Seguridad Social en la UAEM, Ed. UAEM, Morelos, México

F. LEE RAMOS, Adalia y Vides Ovar, Mercedes, *La Salud y la Seguridad Social en América Latina*, Instituto Mexicano del Seguro Social, México, 1989

Folleto. Guarderías. Jefatura de Servicios de Guarderías del IMSS, julio de 1984

MISIÓN Y VISIÓN, *Manual de la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública expedido en abril de 2005*, Secretaría de Salud

Revista Iberoamericana de Seguridad Social. Boletín de prensa e Información del Gobierno Federal Alemán. Año XV. No. 4, jul-ago. Hijos de E. Minuesa, S.L., Madrid, España, 1966

TESIS

Registro No. 185469. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XVI, Diciembre de 2002. Página: 259. Tesis: 2a. CLVI/2002. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

Registro No. 192756. Localización: Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. X, Diciembre de 1999. Página: 21. Tesis: P. XCII/99. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa, Constitucional.

Registro No. 237282. Localización: Séptima Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 199-204 Tercera Parte. Página: 69. Tesis Aislada. Materia(s): Administrativa.

Registro: 179651. Localización: Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Enero de 2005. Materia(s): Administrativa. Tesis: 2a./J. 198/2004. Página: 507

ENCICLOPEDIA Y DICCIONARIO

Diccionario Ilustrado Océano de la Lengua Española, Océano Grupo Editorial, Barcelona España

SANDOVAL HERNÁNDEZ, Sergio, Beneficencia, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ed. Porrúa, 2ª ed., 2004, Tomo I

PÁGINAS DE INTERNET

Apoyo a Organizaciones Sociales Civiles. En <http://www.salud.gob.mx>

Beneficencias estatales: En <http://www.salud.gob.mx>

<http://www.bmas.bund.de7BMAS/Navigation/soziale-sicherung.html>

http://www.elcato.org/Pinera_entrevista_titanic.htm

<http://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm#developmentofssa>

http://europa.eu/abc/governments/index_es.htm#candidate

<http://www.dif.gob.mx>

<http://www.imss.gob.mx>

<http://www.imss.gob.mx>

<http://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm#developmentofssa>

BRENA SESMA, Ingrid; Kurcyn Villalobos Patricia, Corzo Sosa Edgar, Comentarios a la iniciativa de la Ley de Asistencia Social, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, En: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/92/el/el13.htm>

Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948-1998. En: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>

GUSTAVO, Leal Carolina, Tres momentos de la Seguridad Social: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/112/11203403.pdf>

HABER, Stephen, H. Industria y subdesarrollo. Alianza, México <http://soyentrepreneur.com/pagina.hts?N=12307>

Sujetos. En: <http://www.salud.gob.mx/unidades/dgapbp/principal.htm>

Latin American: Population Estimates and Projections by Calendar Years and Single Ages, Both Sexes 1995-2000. En <http://ww.eclac.org/publicaciones/Poblacion/9/LCG2099P/boldem6601.htm>

Manual de Organización Específico de la Administración del Patrimonio de la Beneficencia Pública en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/dgapbp/principal.htm>

MEDINA, María Elena, Viven 40 millones con menos de 26 pesos, en <http://www.reforma.com/especial>