

V. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL SEÑOR MINISTRO JOSÉ FERNANDO FRANCO GONZÁLEZ SALAS EN EL AMPARO EN REVISIÓN 229/2008*

En el amparo en revisión resuelto por el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación se impugnó, entre otros temas, el régimen optativo para los trabajadores que estuvieran activos antes de la entrada en vigor de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (en lo sucesivo Ley del ISSSTE), publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de marzo de 2007, contenido en los artículos décimo, décimo primero y décimo segundo del mencionado ordenamiento.

Estando de acuerdo con la mayor parte de la resolución, voté en contra de algunos aspectos considerados por la mayoría del Pleno constitucionalmente válidos.

* Publicado en el Semanario..., op. cit. Novena Época, Pleno, Tomo XXX, agosto de 2009, p. 397; IUS: 40235.

La mayoría de los Ministros sostuvo que las modalidades dispuestas en el artículo décimo transitorio hacen referencia exclusivamente al capítulo V del título II de la anterior Ley del ISSSTE, publicada el 27 de diciembre de 1983, dejando de lado las demás disposiciones del régimen pensionario que no se encuentren contenidas en dicho apartado, por lo que no resultan aplicables a los trabajadores que decidieron optar por quedarse en el régimen abrogado.

De igual manera, consideraron que a los trabajadores que optaron por quedarse en el régimen pensionario anterior se les aplica lo dispuesto en el artículo 102 de la nueva Ley del ISSSTE, por aplicación del artículo décimo primero transitorio de la misma.

Si bien comparto parcialmente la resolución del Tribunal Pleno en el punto que considera que el régimen optativo al que pueden acceder los trabajadores hace referencia a la anterior Ley del ISSSTE, considero equivocada la determinación de la mayoría en el sentido de que el mismo se encuentra vinculado sólo con el capítulo V del título II; al igual que difiero de su posición respecto a la aplicación del pago de cuotas prevista en la nueva ley a los trabajadores que optaron por mantenerse en el régimen de la ley abrogada, bajo ciertas modalidades, por las razones que a continuación expondré.

Argumentación del voto.

El régimen optativo para los trabajadores que no escojan la acreditación de bonos de pensión del ISSSTE se encuentra regulado en los artículos décimo, décimo primero y décimo se-

gundo transitorios de la Ley del ISSSTE vigente a partir del 1o. de abril de 2007.ⁱ

i. Dichos artículos son del tenor siguiente:

"Artículo décimo. A los trabajadores que no opten por la acreditación de bonos de pensión del ISSSTE, se les aplicarán las siguientes modalidades:

"I. A partir de la entrada en vigor de esta ley hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve:

"a) Los trabajadores que hubieren cotizado treinta años o más y las trabajadoras que hubieran cotizado veintiocho años o más, tendrán derecho a pensión por jubilación equivalente al cien por ciento del promedio del sueldo básico de su último año de servicio y su percepción comenzará a partir del día siguiente a aquél en que el trabajador hubiese disfrutado el último sueldo antes de causar baja;

"b) Los trabajadores que cumplan cincuenta y cinco años de edad o más y quince años o más de cotización al instituto, tendrán derecho a una pensión de retiro por edad y tiempo de servicios equivalente a un porcentaje del promedio del sueldo básico de su último año de servicio que se define en la fracción IV, de conformidad con la siguiente tabla:

"15 años de servicio	50 %
"16 años de servicio	52.5 %
"17 años de servicio	55 %
"18 años de servicio	57.5 %
"19 años de servicio	60 %
"20 años de servicio	62.5 %
"21 años de servicio	65 %
"22 años de servicio	67.5 %
"23 años de servicio	70 %
"24 años de servicio	72.5 %
"25 años de servicio	75 %
"26 años de servicio	80 %
"27 años de servicio	85 %
"28 años de servicio	90 %
"29 años de servicio	95 %

"c) Los trabajadores que se separen voluntariamente del servicio o que queden privados de trabajo después de los sesenta años de edad y que hayan cotizado por un mínimo de diez años al instituto, tendrán derecho a una pensión de cesantía en edad avanzada, equivalente a un porcentaje del promedio del sueldo básico de su último año de servicio, de conformidad con la siguiente tabla:

"60 años de edad	10 años de servicios	40%
"61 años de edad	10 años de servicios	42%
"62 años de edad	10 años de servicios	44%
"63 años de edad	10 años de servicios	46%
"64 años de edad	10 años de servicios	48%
"65 o más años de edad	10 años de servicios	50%

"El otorgamiento de la pensión por cesantía en edad avanzada se determinará conforme a la tabla anterior, incrementándose anualmente conforme a los porcentajes fijados hasta los sesenta y cinco años, o partir de los cuales disfrutará del cincuenta por ciento fijado;

"II. A partir del primero de enero de dos mil diez:

"a) Los trabajadores que hubieren cotizado treinta años o más y las trabajadoras que hubieran cotizado veintiocho años o más, tendrán derecho a pensión por jubilación conforme a la siguiente tabla:

Edad mínima de jubilación trabajadores	Edad mínima de jubilación trabajadoras
"2010 y 2011	51
"2012 y 2013	52
"2014 y 2015	53

El esquema regulado en los artículos anteriormente citados es uno de excepción en tanto que el mismo sólo es aplicable a

"2016 y 2017	54	52
"2018 y 2019	55	53
"2020 y 2021	56	54
"2022 y 2023	57	55
"2024 y 2025	58	56
"2026 y 2027	59	57
"2028 en adelante	60	58

"La pensión por jubilación dará derecho al pago de una cantidad equivalente al cien por ciento del sueldo que se define en la fracción IV y su percepción comenzará a partir del día siguiente a aquél en que el trabajador hubiese disfrutado el último sueldo antes de causar baja;

"b) Los trabajadores que cumplan 55 años de edad o más y quince años de cotización o más al instituto, tendrán derecho a una pensión de retiro por edad y tiempo de servicios.

"El monto de la pensión de retiro por edad y tiempo de servicios será equivalente a un porcentaje del sueldo que se define en la fracción IV, de conformidad con los porcentajes de la tabla siguiente:

"15 años de servicio	50 %
"16 años de servicio	52.5 %
"17 años de servicio	55 %
"18 años de servicio	57.5 %
"19 años de servicio	60 %
"20 años de servicio	62.5 %
"21 años de servicio	65 %
"22 años de servicio	67.5 %
"23 años de servicio	70 %
"24 años de servicio	72.5 %
"25 años de servicio	75 %
"26 años de servicio	80 %
"27 años de servicio	85 %
"28 años de servicio	90 %
"29 años de servicio	95 %

"La edad a que se refiere este inciso, se incrementará de manera gradual conforme a la tabla siguiente:

"Años	Edad para pensión por edad y tiempo de servicios
"2010 y 2011	56
"2012 y 2013	57
"2014 y 2015	58
"2016 y 2017	59
"2018 en adelante	60

"c) Tendrán derecho a pensión por cesantía en edad avanzada, los trabajadores que se separen voluntariamente del servicio o que queden privados de trabajo después de los sesenta años de edad y que hayan cotizado por un mínimo de diez años al instituto.

"La pensión a que se refiere esta fracción será equivalente a un porcentaje del sueldo que se define en la fracción IV, aplicando los porcentajes que se especifican en la tabla siguiente:

"60 años de edad	10 años de servicios	40%
"61 años de edad	10 años de servicios	42%
"62 años de edad	10 años de servicios	44%
"63 años de edad	10 años de servicios	46%
"64 años de edad	10 años de servicios	48%
"65 o más años de edad	10 años de servicios	50%

aquellos trabajadores que, habiendo cotizado en el ISSSTE antes de la entrada en vigor de la nueva ley, opten por acogerse al

"El otorgamiento de la pensión por cesantía en edad avanzada se determinará conforme a la tabla anterior, incrementándose anualmente conforme a los porcentajes fijados hasta los sesenta y cinco años, a partir de los cuales disfrutará del cincuenta por ciento fijado.

"La edad mínima para pensionarse por cesantía en edad avanzada se incrementará de manera gradual conforme a la tabla siguiente:

Años	Edad para pensión por cesantía en edad avanzada
'2010 y 2011	61
'2012 y 2013	62
'2014 y 2015	63
'2016 y 2017	64
'2018 en adelante	65

"Las pensiones a que tengan derecho las personas a que se refiere la tabla anterior iniciarán en cuarenta por ciento en cada renglón y se incrementarán en dos por ciento cada año de edad hasta llegar a la pensión máxima de cincuenta por ciento;

"III. El cómputo de los años de servicio se hará considerando uno solo de los empleos, aun cuando el trabajador hubiese desempeñado simultáneamente varios empleos cotizando al instituto, cualesquiera que fuesen; en consecuencia, para dicho cómputo se considerará, por una sola vez, el tiempo durante el cual haya tenido o tenga el interesado el carácter de trabajador;

"IV. Para calcular el monto de las cantidades que correspondan por pensión, se tomará en cuenta el promedio del sueldo básico disfrutado en el último año inmediato anterior a la fecha de la baja del trabajador, siempre y cuando el trabajador tenga una antigüedad mínima en el mismo puesto y nivel de tres años. Si el trabajador tuviere menos de tres años ocupando el mismo puesto y nivel, se tomará en cuenta el sueldo inmediato anterior a dicho puesto que hubiere percibido el trabajador, sin importar su antigüedad en el mismo;

"V. Los trabajadores a que se refiere este artículo, en caso de sufrir un riesgo del trabajo, y sus familiares derechohabientes, en caso de su fallecimiento a consecuencia de un riesgo del trabajo, tendrán derecho a una pensión en los términos de lo dispuesto por el seguro de riesgos del trabajo previsto en esta ley. Para tal efecto, el instituto, con cargo a los recursos que a tal efecto le transfiera el Gobierno Federal, contratará una renta vitalicia a favor del trabajador, o en caso de fallecimiento, el seguro de sobrevivencia para sus familiares derechohabientes;

"VI. Los trabajadores a que se refiere este artículo, en caso de invalidez, estarán sujetos a un periodo mínimo de cotización de quince años para tener derecho a pensión, misma que se otorgará por un porcentaje del promedio del sueldo básico disfrutado en el último año inmediato anterior, conforme a lo siguiente:

"15 años de servicio	50 %
"16 años de servicio	52.5 %
"17 años de servicio	55 %
"18 años de servicio	57.5 %
"19 años de servicio	60 %
"20 años de servicio	62.5 %
"21 años de servicio	65 %
"22 años de servicio	67.5 %
"23 años de servicio	70 %
"24 años de servicio	72.5 %
"25 años de servicio	75 %
"26 años de servicio	80 %
"27 años de servicio	85 %
"28 años de servicio	90 %
"29 años de servicio	95 %

mismo, dejando de lado el régimen de bonos de pensión contemplado en la nueva ley ahora vigente.ⁱⁱ

Ahora bien, de la lectura de estos artículos se desprende que el esquema optativo para los trabajadores en activo hace referencia a conceptos que no están contemplados en la nueva ley, sino que los mismos se encuentran regulados en la ley anterior; es decir, las modalidades establecidas en el artículo décimo transitorio, son modalidades del sistema de pensiones anterior y, por tanto, es necesario dar ultra actividad a la Ley del ISSSTE derogada en todo lo relativo a ese régimen para cumplir adecuadamente con lo señalado por el legislador.

En este sentido, el Pleno de este Alto Tribunal definió que en lo que respecta a la fracción V del artículo décimo transitorio, no opera la ultra actividad de la ley anterior, pues dicha fracción establece expresamente que en caso de riesgo de trabajo y fallecimiento a causa del mismo, se estará a lo dispuesto en la ley vigente. Sin embargo, considero que si bien es cierto que dicha

"Los familiares derechohabientes del trabajador fallecido, en el orden que establece la sección de pensión por causa de muerte del seguro de invalidez y vida, tienen derecho a una pensión equivalente al cien por ciento de la que hubiese correspondido al trabajador, aplicándose el periodo mínimo de quince años de cotización para tener derecho a la pensión."

"Artículo décimo primero. Las cuotas y aportaciones del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez de los trabajadores que opten por el régimen previsto en el artículo anterior serán ingresados en la tesorería del instituto, excepto la aportación del dos por ciento de retiro, la cual se destinará a la subcuenta de ahorro para el retiro de las cuentas individuales de estos trabajadores que serán administradas exclusivamente por el PENSIONISSSTE."

"Artículo décimo segundo. Estarán a cargo del Gobierno Federal las pensiones que se otorguen a los trabajadores que opten por el esquema establecido en el artículo décimo transitorio, así como el costo de su administración.

"El Gobierno Federal cumplirá lo previsto en el párrafo anterior mediante los mecanismos de pago que determine a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los que en ningún caso afectarán a los trabajadores.

"El instituto transferirá a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los recursos a que se refiere el artículo anterior, en los términos que se convengan."

ii. El artículo quinto transitorio de la nueva Ley del ISSSTE establece:

"Los trabajadores tienen derecho a optar por el régimen que se establece en el artículo décimo transitorio, o por la acreditación de bonos de pensión del ISSSTE en sus cuentas individuales."

fracción remite a la nueva ley, hay un área donde cobra aplicabilidad la ley anterior, siendo la modalidad regulada por la ley vigente únicamente lo relativo a los términos en que el pago de la pensión se haga.

Asimismo, en cuanto a la decisión mayoritaria de que resulta aplicable a los trabajadores que opten por el esquema modalizado de los artículos transitorios décimo y décimo primero, lo dispuesto en los artículos 102 y trigésimo primero transitorio de la nueva Ley del ISSSTEⁱⁱⁱ respecto a las cuotas que deben aportar, no comarto lo sostenido en la resolución, pues a mi parecer ambos artículos hacen referencia al esquema de pensiones contemplado en la nueva ley y, por tanto, no resultan aplicables a los trabajadores que optaron por el régimen de la ley anterior. Es mi opinión que a efecto de poder aplicar el sis-

iii. "Artículo 102. Las cuotas y aportaciones a que se refiere este capítulo serán:

"I. A los trabajadores les corresponde una cuota de seis punto ciento veinticinco por ciento del sueldo básico;

"II. A las dependencias y entidades les corresponde una aportación de retiro de dos por ciento, y por cesantía en edad avanzada y vejez, de tres punto ciento setenta y cinco por ciento del sueldo básico, y

"III. El Gobierno Federal cubrirá mensualmente una cuota social diaria por cada trabajador, equivalente al cinco punto cinco por ciento del salario mínimo general para el Distrito Federal vigente al día primero de julio de mil novecientos noventa y siete actualizado trimestralmente conforme al Índice Nacional de Precios al Consumidor al día de la entrada en vigor de esta ley. La cantidad inicial que resulte, a su vez, se actualizará trimestralmente en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, conforme al Índice Nacional del (sic) Precios al Consumidor.

"Para efecto de las cuotas y aportaciones de los pensionados por riesgos del trabajo o invalidez, las cotizaciones antes mencionadas se realizarán con base en el monto de la pensión que reciban.

"Los recursos a que se refiere este artículo se depositarán en las subcuentas de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez."

"Artículo trigésimo primero. La cuota por el seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez correspondiente a los trabajadores se deberá ajustar a lo dispuesto en la tabla siguiente:

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

tema de aportaciones de la nueva ley, debió haber disposición legal expresa que así lo ordenara.

Basta contrastar la denominación de los ramos de seguros a que se refieren, por un lado, los artículos trigésimo primero transitorio y 102 de la nueva Ley del ISSSTE (un único ramo de: retiro, cesantía en edad avanzada y vejez) con la que se utiliza en el artículo décimo transitorio que corresponde a la ley abrogada (ramos diferenciados de: a) cesantía en edad avanzada; y, b) retiro por edad y tiempo de servicios) para acreditar palmarriamente la diferencia que existe entre ellos, siendo que los primeros refieren el régimen de la nueva ley y el último de la abrogada.

En todo caso, el texto confuso del artículo décimo primero transitorio, por introducir la denominación de la nueva ley, debió haberse interpretado, en tanto el legislador no estableció texto legal expreso que ordenara aplicar el artículo 102 de la ley para las aportaciones de los trabajadores que optaron por permanecer en el régimen de la ley abrogada, en el sentido de que seguían cotizando bajo este último. Subrayo aquí que mi diferendo con la mayoría no se finca en que no se podían modificar las cuotas y aportaciones, sino en que para ello se requería disposición legal expresa e indubitable que así lo señalara.

Se reitera, para modificar las condiciones existentes en el régimen en el cual se cotizaba y por el cual se optó en uso de un derecho señalado por la propia nueva ley, el legislador debió señalar expresa e indubitablemente las modalidades que se le imponían, pues, como se mencionó previamente, se trata de un régimen de excepción, en el que dichas modalidades no pueden ser tácitas, ni desprenderse por interpretación, analogía, mayo-

ría de razón o cualquier otro método, puesto que afectan una situación ya existente.

Consecuentemente, a diferencia de lo sostenido por la mayoría de los Ministros en el Tribunal Pleno, mi posición es que la ley anterior se aplica a los trabajadores que optaron por el régimen previsto en el artículo décimo transitorio de la nueva Ley del ISSSTE en todo lo relacionado con el sistema pensionario de cesantía en edad avanzada; y *retiro por edad y tiempo de servicios*, salvo las modalidades expresa e indubitablemente establecidas en relación al mismo por el legislador; consecuentemente, sostengo que se mantiene vigente para esos trabajadores todo el régimen pensionario no modalizado, y no exclusivamente lo establecido en el capítulo V del título II de la ley abrogada como lo resolvió la mayoría.

Nota: La ejecutoria relativa al amparo en revisión 229/2008, que contiene el criterio respecto del cual se formuló este voto, aparece publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIX, marzo de 2009, página 560.