

COMENTARIOS



**COMENTARIO A LA JURISPRUDENCIA 2a./J.19/2022
RELATIVA A LA OBLIGACIÓN DE AGOTAR
LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL EN LAS PENSIONES
DE CESANTÍA EN EDAD AVANZADA Y VEJEZ,
ASÍ COMO LA DEVOLUCIÓN Y PAGO DE APORTACIONES
DE SEGURIDAD SOCIAL***

COMMENTARY ON JURISPRUDENCE 2a./J.19/2022 RELATING
TO THE OBLIGATION TO EXHAUST THE PRELIMINARY
CONCILIATION IN ADVANCED-AGE AND OLD-AGE
UNEMPLOYMENT PENSIONS, AS WELL AS THE RETURN
AND PAYMENT OF SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS

COMMENTAIRE SUR LA JURISPRUDENCE 2a./J.19/2022 RELATIF
À L'OBLIGATION D'ÉPUISER LA CONCILIATION PRÉALABLE
DANS LES PENSIONS DE CHÔMAGE AVANCÉES ET DE
VIEILLESSE, AINSI QUE LE RETOUR ET LE PAIEMENT DES
COTISATIONS DE SÉCURITÉ SOCIALE

María Ascensión MORALES RAMÍREZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Análisis de la resolución de la Sala de la SCJN*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Las controversias en materia de las prestaciones de seguridad social desde su origen han ocupado un lugar secundario en el sistema jurídico nacio-

* Recibido el 15 de agosto de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Profesora de derecho del trabajo y seguridad social en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Agradezco al doctor José de Jesús Orozco Henríquez, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, las observaciones y comentarios al presente trabajo.



nal. A nivel constitucional, existe una laguna sobre su instancia jurisdiccional. A nivel legal, la regulación, tramitación y resolución de los conflictos en ese campo han pasado diversas etapas y bajo un marco normativo e instituciones jurídicas diseñadas para otras disciplinas, no obstante que los conflictos de esta naturaleza presentan características y sujetos diferentes a los laborales. Además, estos asuntos han constituido el grueso de los conflictos que se deben ventilar en las diversas instancias jurisdiccionales (Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y Tribunal Federal Contencioso Administrativo).¹

La reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT) del 30 de noviembre de 2012, en un intento por atender el debate histórico en torno a la competencia para conocer de las controversias entre los asegurados y beneficiarios en contra del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto del Fondo Nacional de Vivienda para los Trabajadores (Infonavit), así como los conflictos en contra de las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afore), y a la vez, subsanar la falta de un procedimiento, incorporó los denominados “conflictos individuales de seguridad social”.

Sin embargo, la reforma constitucional del 24 de febrero de 2017 y la legal del 1o. de mayo de 2019, una vez más, fueron omisas en materia de impartición y administración de justicia de los conflictos en seguridad social, con los consecuentes perjuicios para los asegurados, los pensionados actuales y los pensionados futuros, así como para los beneficiarios.

Lo anterior, se evidencia una vez más con la resolución a la contradicción de tesis 360/2021. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el 10 de marzo de 2022, mediante el comunicado 082/2022, dio a conocer que “Al demandar prestaciones de seguridad social relativas a la pensión de cesantía en edad avanzada y vejez o la devolución y pago de aportaciones del IMSS, Infonavit y Afore se debe agotar la etapa de conciliación prejudicial”.²

Dicha contradicción de tesis dio origen a la jurisprudencia 2a./J.19/2022 (11a.), la cual se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación* el 29 de abril de 2022, bajo el rubro “Prestaciones de seguridad social. La pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como la devolución y pago de aportaciones

¹ Además de las instancias para los sistemas de seguridad social de las entidades federativas.

² Dicha contradicción fue aprobada por mayoría de votos por los ministros Yasmín Esquivel Mossa (ponente), Alberto Pérez Dayán, y Luis María Aguilar Morales. El voto de minoría fue formulado por los ministros Loretta Ortiz Ahlf y Javier Laynez Potisek.

de seguridad social no se consideran excepciones para agotar la instancia de conciliación prejudicial, en términos del artículo 685 ter, fracción III de la Ley Federal del Trabajo”,³ conforme a lo siguiente:

Hechos: Los Tribunales Colegiados de Circuito contendientes analizaron si los conflictos inherentes a diversas prestaciones de seguridad social que se demandaron en los respectivos juicios laborales, concernientes a la pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como a la devolución y pago de aportaciones de seguridad social correspondientes al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (Infonavit) y al Sistema de Ahorro para el Retiro (Afore), pueden o no considerarse como hipótesis de excepción a la instancia de conciliación prejudicial en materia laboral.

Criterio jurídico: La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que los conflictos inherentes a las prestaciones de seguridad social de pensión por cesantía en edad avanzada y vejez, así como a la devolución y pago de aportaciones de seguridad social correspondientes al Instituto Mexicano del Seguro Social, al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y al Sistema de Ahorro para el Retiro, no pueden considerarse como excepciones para agotar la instancia conciliatoria prejudicial, previstas en el artículo 685 Ter, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo.

Justificación: La conciliación como instancia prejudicial obligatoria, elevada a rango constitucional en el artículo 123, apartado A, fracción XX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye uno de los ejes centrales que motivó la reforma en materia de justicia laboral, pues resulta un componente esencial del derecho de acceso a la justicia, acorde a la realidad nacional e internacional en esa materia, con el propósito de eliminar todo elemento que la convierta en lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable. Además, atiende la intención de privilegiar que los nuevos órganos de impartición de justicia laboral concentren su atención en las tareas jurisdiccionales, propias de su nueva responsabilidad y, de esta forma dar atención a la demanda de la sociedad mexicana, consistente en acceder a una justicia cercana, objetiva, imparcial y eficiente. Por tanto, analizado el proceso legislativo que dio origen al artículo 685 Ter, fracción III, de la Ley

³ Dicha contradicción fue aprobada por mayoría de votos por los ministros Yasmín Esquivel Mossa (ponente), Alberto Pérez Dayán, y Luis María Aguilar Morales. El voto de minoría fue formulado por los ministros Loretta Ortiz Ahlf y Javier Laynez Potisek.

Federal del Trabajo, si bajo la óptica del legislador federal se suprimieron el supuesto de cesantía en edad avanzada y vejez del catálogo de trato, así como las prestaciones de seguridad social relativas a la devolución y pagos acumulados correspondientes al Instituto Mexicano del Seguro Social y al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y los rendimientos del Sistema de Ahorro para el Retiro, ello conlleva entender que tal situación particular la visualizó como un aspecto conciliable entre las partes. Considerar lo contrario implicaría el riesgo de desnaturalizar la vía conciliatoria que el Poder Reformador plasmó a nivel constitucional, como una de las piezas torales para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral de manera expedita y gratuita.

II. ANTECEDENTES

1. *Demandas laborales*

Cuatro asegurados promovieron demandas ante los tribunales laborales federales. Dos de ellos, en contra de la afore Siglo XXI-Banorte, S. A. de C. V. y del Infonavit.⁴ El primero, exigió el pago por concepto de las aportaciones de los recursos de vivienda y demás aportaciones. El segundo, reclamó el pago acumulado por diversos conceptos, entre ellos los correspondientes al IMSS, al Infonavit y los rendimientos del SAR.⁵

El tercer asegurado demandó de Principal Afore, S. A. de C. V. y del Infonavit la devolución de los recursos de cuenta individual, así como las aportaciones a cargo de ese instituto. El cuarto, solicitó al IMSS el otorgamiento de la pensión de vejez, el reconocimiento de las cotizaciones realizadas ante dicho instituto y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), a fin de lograr, con la acumulación de dichos recursos, la pensión solicitada.⁶

En los cuatro casos, los tribunales laborales federales exigieron exhibir la “constancia de haber agotado la conciliación prejudicial”, y, al no hacerlo, en dos asuntos, no se dio trámite a la demanda y se ordenó girar oficio al Centro

⁴ Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de México.

⁵ Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de Zacatecas.

⁶ En ambos casos, ante el Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en el Estado de México.

Federal de Conciliación y Registro Laboral; en el tercero se desechó la demanda, y en el último se envió el expediente al archivo.

2. *Amparos directos*

Los asegurados, en contra de las determinaciones de los diversos tribunales laborales federales, promovieron demandas de amparos directos, *grasso modo*, bajo los argumentos principales siguientes:

- La naturaleza de la figura de la conciliación es que “las partes lleguen a un acuerdo”, lo que en los asuntos de seguridad social no puede suceder, porque en tres de los casos se trataba de la *devolución del dinero propiedad de los asegurados*, que conforme a la Ley del Seguro Social (LSS)⁷ tienen derecho a su devolución y, por tanto, no es negociable, máxime que habían solicitado previamente la devolución de las aportaciones ante las Afore y el Infonavit, y la respuesta fue negativa, razón que los obligó a acudir a la vía jurisdiccional.
- En el cuarto caso se involucraba el derecho a una pensión, que tampoco es conciliable, por versar sobre un derecho humano que no puede ser vulnerado.
- El artículo 684-A establece la conciliación prejudicial obligatoria para los conflictos *que no tengan una tramitación especial*.
- Los artículos del 899-A al 899-G instituyen un *procedimiento especial* para los conflictos de seguridad social; en consecuencia, no tiene por qué agotarse la conciliación prejudicial.
- El artículo 899 C no prevé como requisito de procedibilidad la exhibición de la constancia de la conciliación prejudicial. En estricta observancia del principio de especialidad, al requerirse a los asegurados dicha constancia, se les estarían exigiendo mayores requisitos que los previstos en dichos preceptos.
- No existe precepto legal alguno que considere a los conflictos en materia de seguridad social como “conciliables”.
- Las autoridades laborales aplicaron únicamente el artículo 685 ter, fracción III, y los artículos relativos a la conciliación prejudicial, sin observar los artículos sobre los conflictos individuales de seguridad social.

⁷ Con fundamento en el artículo décimo tercero transitorio, inciso b).

3. *Amparos negados*

Tres tribunales colegiados de circuito⁸ negaron los amparos directos en los que se reclamaba a las Afore y al Infonavit la devolución del dinero de los asegurados, con base en los argumentos principales, siguientes:

- La conciliación es uno de los pilares para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral.
- El artículo 685 ter regula los supuestos de excepción en los que no es obligatorio agotar la conciliación, dentro de los cuales no se contempla la devolución y el pago de aportaciones de seguridad social.
- El artículo 899-C de la LFT resulta intrascendente, al no prever como requisito que se añada a la demanda la constancia de no conciliación, ya que atendiendo al artículo 684-C, será el propio Centro de Conciliación Federal, o bien local, el que —en todo caso— remita en forma electrónica al tribunal correspondiente la documentación referida, es decir, la constancia de no conciliación o el convenio conciliatorio celebrado entre los contendientes.
- El artículo 684-B no hace distinción entre procedimientos ordinarios y especiales, y, por ende, se debe entender que la conciliación no es aplicable para la salvedad que alude el artículo 684-A, que son las excepciones establecidas en el 685 ter.

Los tribunales colegiados se pronunciaron por el derecho de acceso a la justicia laboral, y olvidar el acceso a la justicia en seguridad social, en donde las partes y los conflictos son de naturaleza distinta a los laborales.

4. *Amparo concedido*

El Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, Toluca, Estado de México, en el expediente 701/2021, determinó conceder el

⁸ Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región, con residencia en Mérida, Yucatán, al resolver el cuaderno auxiliar 338/2021 (en apoyo al Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, amparo directo 329/2021), Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés Cholula, Puebla, al resolver el cuaderno auxiliar 642/2021 (en apoyo al Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Segundo Circuito, amparo directo 348/2021), Criterio del Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito en Zacatecas al resolver el amparo directo 75/2021.

amparo, en el que se solicitaba el otorgamiento de una pensión de vejez, con base en las consideraciones siguientes:

- Orientó su análisis de control difuso ex officio de constitucionalidad, con base en la contradicción de tesis 351/2014 sustentada por la SCJN, mediante la cual un tribunal colegiado, al revisar la legalidad del acto reclamado con base en la garantía prevista en los artículos 14 y 16 constitucionales, se puede pronunciar sobre la constitucionalidad y ordenar no aplicar ciertas normas o aplicarlas correctamente.⁹
- Consideró que a la luz del artículo 1o. constitucional, que impone deberes de tutela por el ejercicio del control de constitucionalidad, los tribunales colegiados de circuito no están limitados a ejercer un control concentrado en respuesta a conceptos de violación, causa de pedir o en suplencia de la queja, cuando proceda, sino que tienen una verdadera obligación constitucional, porque las violaciones a derechos humanos más relevantes no provienen, por lo general, de la regulación procesal del juicio de amparo, sino justamente de las normas procesales y sustantivas que se aplicaron en el acto reclamado.
- Analizó el proceso legislativo, y advirtió que la iniciativa de ley del 3 de enero de 2019 adicionaba al artículo 685 ter, fracción III, también como excepciones de agotar la instancia conciliatoria a las pensiones de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.¹⁰
- Observó que la redacción final del dictamen aprobado por ambas Cámaras modificó la fracción III del artículo 685 ter, para suprimir las prestaciones de seguridad social por cesantía en edad avanzada y vejez, de las excepciones de agotar la instancia conciliatoria, sin que existiera justificación constitucional alguna.
- Señaló que la seguridad social es un derecho humano protegido constitucional y convencionalmente, por lo que se deben ofrecer todos los medios que el Estado tiene, a fin de garantizar la máxima protección en el menor tiempo posible.

⁹ “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, CUANDO ACTÚAN EN AMPARO DIRECTO E INDIRECTO, DEBEN REALIZARLO EX OFFICIO TANTO RESPECTO DE LAS DISPOSICIONES PROCESALES QUE REGULAN EL PROPIO JUICIO DE AMPARO, COMO SOBRE LAS NORMAS SUBSTANTIVAS Y PROCESALES QUE SE APLICARON EN EL ACTO RECLAMADO.”

¹⁰ Iniciativa con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, *Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, 3 de enero de 2019.

- Concluyó que existió una “omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio obligatorio”, al no contemplar en el artículo 685 ter, fracción III, como excepciones a la regla de agotar la etapa prejudicial, los juicios en los que se exijan las prestaciones de seguridad social por vejez y cesantía en edad avanzada.
- Determinó que no existió razonamiento lógico, social, jurídico, cultural o de cualquier otra índole para la supresión de las prestaciones de seguridad social, como la cesantía en edad avanzada y vejez, con lo que se hace ineficaz la protección del derecho humano a la seguridad social.
- Señaló que el *derecho a la seguridad social se ve obstaculizado* al sujetarlo a la conciliación prejudicial, cuando ese derecho no puede estar condicionado a un proceso de justicia alternativa.
- Estimó que al tratarse de un beneficiario que en el conflicto se presume se encuentra en una situación de vulnerabilidad (vejez), debe procurarse brindarle la mayor protección posible.
- Consideró que la obligación de agotar la etapa de conciliación prejudicial está condicionada a los conflictos entre “trabajadores y patrones”, lo que no ocurre en la especie, porque el conflicto es entre “el instituto asegurador y un beneficiario” de éste.

5. *Criterio de la SCJN*

La denuncia de la contradicción de tesis fue presentada el 27 de diciembre de 2021 por el juez de distrito adscrito al Tribunal Laboral Federal de Asuntos Individuales en Villahermosa, Tabasco.

Al respecto, la Segunda Sala de la Corte afirmó que los órganos colegiados

analizaron la misma situación jurídica, de manera particular, respecto de si las excepciones para agotar la etapa conciliatoria en materia laboral establecidas en el artículo 685 Ter, fracción III, de la LFT relativas a las prestaciones de seguridad social, por tanto, el punto a resolver era que si los supuestos de excepción de agotar la instancia conciliatoria debían concretizarse de manera restrictiva, o bien, extenderse a otras prestaciones no previstas el precepto.

Para lo anterior:

- Precisó la importancia de la conciliación en la doctrina jurídica, en el artículo 48.I, inciso f), de la Convención Americana sobre Derechos

- Humanos y en las razones del legislador tanto a nivel constitucional como legal para constituir dicha figura en uno de los ejes centrales a la que deben acudir los *trabajadores y patrones* a fin de propiciar el establecimiento de una justicia laboral efectiva, pronta y expedita, con la visión de dar certeza jurídica, y ya no una justicia lenta, costosa, de difícil acceso y cuestionable.
- Analizó el proceso legislativo y advirtió que la iniciativa de Morena era la única que adicionaba las pensiones en el artículo, 685 ter, fracción III: “Prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, guarderías y prestaciones en especie, revalorización de enfermedades y accidentes de trabajo”.
 - Señaló que el dictamen de la Cámara de origen modificó la propuesta a la fracción III del artículo 685 ter, al suprimir de las excepciones de agotar a instancia conciliatoria a las prestaciones de seguridad social por cesantía en edad avanzada y vejez, y la Cámara de Senadores aprobó el dictamen en los mismos términos que la Cámara de origen.¹¹
 - Consideró que el legislador federal, al suprimir el supuesto de la cesantía en edad avanzada y vejez, lo visualizó como un aspecto conciliable entre las partes.¹²
 - Agregó que esa consideración también es aplicable a la devolución y pagos correspondientes al IMSS, al Infonavit y al Sistema de Ahorro para el Retiro (Afore). *Sic*
 - Afirmó que el legislador de manera expresa distinguió cuáles de los conflictos de seguridad social quedaban exceptuados de agotar la instancia de conciliación obligatoria.
 - Concluyó que no es obstáculo que las partes sean las instituciones y sus beneficiarios, porque el legislador federal, desde el artículo 123 constitucional, definió que uno de los motivos de la reforma laboral fue estatuir la función conciliatoria prejudicial a la que deberán acudir los trabajadores (*o sus beneficiarios*) y los patrones (*o demás sujetos obligados*).¹³
 - Determinó que si el legislador de manera expresa distinguió cuáles de los conflictos de seguridad social quedaban exceptuados de agotar la instancia conciliatoria obligatoria, de concluirse en diverso sentido, se

¹¹ Párrafo 64.

¹² Párrafo 68.

¹³ Párrafo 70.

daría pauta a extender los indicados supuestos de excepción a hipótesis que no se encuentran explícitamente contempladas y se desnaturalizaría la conciliación como una pieza toral para hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia laboral de manera expedita y gratuita, con la finalidad de desahogar a los órganos jurisdiccionales.¹⁴

III. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE LA SALA DE LA SCJN

La Segunda Sala, en forma errónea, fijó la litis para resolver la contradicción de tesis, porque los criterios de los tribunales colegiados de circuito no se limitaban únicamente a resolver si los supuestos de excepción de agotar la instancia conciliatoria debían concretizarse de manera restrictiva, o bien extenderse a otras prestaciones no previstas en el precepto, ya que también se involucraba el *derecho a la seguridad social* como derecho fundamental, como fue tomado en cuenta por uno de los tribunales colegiados en su análisis.

Asimismo, los criterios y argumentos interpretativos tampoco fueron los adecuados para justificar la decisión judicial, en atención a los puntos y razones siguientes:

1. *La seguridad social como derecho humano*

La Segunda Sala fue omisa en considerar que en el caso también estaban en juego derechos humanos, como lo es el de la seguridad social, y no sólo la conciliación; por tanto, se apartó de lo establecido en la norma suprema en el artículo 1o. Debido a ello, la decisión final es incorrecta y carece de solidez y sustento adecuado.

La Sala no tomó en cuenta las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* nacional e internacional sobre el derecho a la seguridad social,¹⁵ y, en especial, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte

¹⁴ Párrafos 72 a 74.

¹⁵ Artículo 123 constitucional, fracción XXIX, Ley del Seguro Social, Carta de la OEA (artículo 45, inciso b); Declaración Americana (artículo 25); Protocolo de San Salvador (artículo 9o.); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 22); PIDESC (artículo 9o.), los principales instrumentos de la OIT que han desarrollado el contenido del derecho a la seguridad social con mayor claridad (convenios 102 y 128 y las recomendaciones 67, 167 y 202) y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (observación

IDH) dictada el 6 de marzo de 2019 en el caso Muelle Flores vs Perú, en la cual concluyó que el “derecho a la seguridad social” tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir, en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas.¹⁶

La Corte IDH afirmó que es un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla.

La Corte, con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del caso, determinó que el Estado¹⁷ debe garantizar en forma oportuna y sin demoras el derecho a la pensión, por tratarse de personas mayores. Asimismo, indicó que se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concreción material de ese derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno.

De no hacerlo así, se vulnerarían los derechos de integridad personal y dignidad humana, al provocarle al asegurado angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto a su futuro (en el avance y desarrollo de su calidad de vida y de su integridad personal). Lo anterior, porque la pensión y, en general, las prestaciones de seguridad social, constituyen un medio de protección para gozar de una vida digna.

Igualmente, la Sala contraviene el derecho a la seguridad social, al considerar que si determinadas prestaciones de seguridad social fueron excluidas es porque el legislador las *consideró conciliables entre las partes*.

Esta interpretación es inexacta, porque ni en la exposición de motivos ni en los dictámenes ni en ninguna parte del proceso legislativo se estableció lo que concluye dicha Sala, y tampoco ésta explica las razones que la llevaron a

general 19) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015.

¹⁶ Corte IDH, Muelle Flores vs. Perú, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf.

¹⁷ La Corte consideró que la naturaleza y alcance de las obligaciones que derivan de la protección de la seguridad social para lograr su efectividad implica, entre otros, la exigibilidad inmediata.

esa interpretación final, ya que las obligaciones derivadas del derecho humano a la seguridad social no pueden quedar a voluntad de las partes ni son negociables, y es obligación del Estado velar por su observancia, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, que dispone que todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismo, y, por tanto, con la decisión de la Sala se obstaculiza el acceso a la justicia para los asegurados.

2. Indevida motivación y falta de coherencia interna de la jurisprudencia bajo análisis

El criterio de la Segunda Sala de la Corte carece de coherencia interna porque, por un lado, aplicó una interpretación restrictiva respecto de los supuestos considerados en el artículo 685 ter, fracción III, de la LFT, y, por otro lado, realizó una interpretación extensiva en torno a la fracción XX del apartado A del artículo 123 constitucional, sin justificar el uso de las diferentes interpretaciones.

A. Interpretación restrictiva

Con relación al artículo 685 ter, fracción III, de la LFT, que establece: “III. Prestaciones de seguridad social por riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida, guarderías y prestaciones en especie y accidentes de trabajo”, la Segunda Sala estimó que el legislador, de manera expresa, distinguió cuáles de los conflictos de seguridad social quedaban exceptuados de agotar la instancia conciliatoria obligatoria; por tanto, de concluirse en diverso sentido, daría pauta a extender los indicados supuestos de excepción a hipótesis que no se encuentran explícitamente contempladas.

B. Interpretación extensiva

Cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 123, apartado A, fracción XX, párrafos primero y segundo

La resolución de las diferencias o los conflictos entre trabajadores y patrones estará a cargo de los tribunales laborales del Poder Judicial de la Federación o de las entidades federativas...

Antes de acudir a los tribunales laborales, los trabajadores y patrones deberán asistir a la instancia conciliatoria correspondiente...

En el caso que se analiza, la Segunda Sala determinó que no es obstáculo que las partes sean *las instituciones y sus beneficiarios*, porque el legislador federal, desde el artículo 123 constitucional, definió que uno de los motivos de la reforma laboral fue estatuir la función conciliatoria prejudicial a la que deberán acudir los trabajadores (*o sus beneficiarios*) y los patrones (*o demás sujetos obligados*).

Como puede observarse, tratándose del artículo 685 ter, fracción III, de la LFT, la Sala aplicó un criterio interpretativo gramatical y un argumento *a contrario* para justificar la exclusión de las otras prestaciones de seguridad social, como excepciones para agotar la instancia de conciliación, por no estar previstas expresamente, por lo que realiza una interpretación restrictiva. Sin embargo, no sigue el mismo criterio al referirse al artículo 123, apartado A, fracción XX, constitucional, en virtud de que, no obstante que el precepto constitucional expresamente se refiere sólo a las controversias entre patrones y trabajadores, esto es, entre las partes de un conflicto de naturaleza laboral,¹⁸ a través de una interpretación extensiva a la que correspondería al criterio gramatical, amplía los supuestos de agotar la instancia de conciliación para incluir también a las controversias entre los “beneficiarios” y “demás sujetos obligados”, esto es, las partes en un conflicto relacionado con las prestaciones de seguridad social.

En suma, en la jurisprudencia bajo análisis no existe coherencia interna entre los criterios y argumentos interpretativos aplicados a cada una de las disposiciones, y tampoco tiene suficiencia en la motivación, al carecer de las razones que justifiquen por qué un criterio fue mejor para un supuesto y no para el otro.

¹⁸ Esta misma situación está prevista también en los artículos 684-B, 590-A, fracción I y 590-B, párrafo tercero de la LFT, que establecen:

Artículo 684-B. “Antes de acudir a los Tribunales, los trabajadores y patrones deberán asistir al Centro de Conciliación para solicitar el inicio del procedimiento de conciliación...”.

590-A. Corresponde al Centros Federal de Conciliación y Registro Laboral...

Fracción I. Realizar en materia federal la función conciliadora a que se refiere el párrafo cuarto de la fracción XX del artículo 123 constitucional.

⁵⁹⁰⁻ B. “El Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral...”.

Párrafo tercero. Será competente para substanciar el procedimiento de conciliación que deberán agotar los trabajadores y patrones, antes de acudir a los Tribunales, conforme lo establece el párrafo quinto de la fracción XX del artículo 123, apartado A...”.

C. Juicio de proporcionalidad

La decisión final resultado de la interpretación extensiva de la norma constitucional y la interpretación restrictiva de la norma legal que realizó la Segunda Sala ameritaba hacer un juicio de proporcionalidad respecto de la restricción al derecho de acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana)¹⁹ y al derecho a la seguridad social (artículo 9o. del Protocolo de San Salvador),²⁰ al exigirse que antes de acceder a la justicia ante el tribunal competente para hacer efectivo el derecho a la seguridad social se deba agotar una instancia conciliatoria de carácter administrativo, esto es, por qué se afecta o limita el derecho a la seguridad social.

Los perfiles del juicio o test de proporcionalidad han sido delineados de modo suficientemente claro por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (ligeramente distintos a los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero en la misma línea):

TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a

¹⁹ “Artículo 25. Protección judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados parte se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

²⁰ “Artículo 9o. Derecho a la seguridad social

1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.

2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho, en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.²¹

Igualmente, se desprenden del precedente dictado en la acción de inconstitucionalidad 2/2014:

la limitación de un derecho humano por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada,

²¹ Tesis 1a. CCLXIII/2016, Décima época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 36, noviembre de 2016, t. II, p. 915.

idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite del derecho, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.²²

Al respecto, puede señalarse que si bien al lograr una resolución más rápida y menos costosa de los litigios laborales entre trabajadores y patrones, así como una disminución de la carga de trabajo de los tribunales, persigue un objetivo o fin legítimo de interés general, la instancia de conciliación prejudicial en materia de prestaciones del derecho a la seguridad social entre asegurados y beneficiarios con las instituciones de seguridad social y las Afore resulta incompatible con la Convención Americana y la propia Constitución, porque su tramitación implica un retraso sustancial en el ejercicio de la acción judicial y ocasiona gastos innecesarios, en este caso, a las personas mayores.

En efecto, en el caso que aquí se analiza, la Sala pretendió encuadrar la conciliación a toda costa, en vulneración del derecho de la seguridad social, y, por ende, no se satisface el elemento de la estricta proporcionalidad, porque resulta desproporcionado y excesivo exigir a una persona adulta mayor, que después de haber realizado un trámite ante la institución de seguridad social o Afore y haber obtenido una resolución contraria a sus pretensiones, no obstante su avanzada edad y su derecho a que le devuelvan sus aportaciones, se vea en la necesidad de realizar nuevamente otro trámite prejudicial, ahora ante una autoridad administrativa, para realizar una gestión de conciliación con la misma institución de seguridad social o Afore que recién emitió una resolución en su contra (con lo cual se le impone a la persona que pretende pensionarse o que se le devuelvan sus aportaciones, una carga desmedida e injustificada, que se traduce en un retraso sustancial en el ejercicio de la acción judicial a la que tiene derecho); por tanto, la medida es a todas luces inadecuada e innecesaria, porque la restricción al derecho humano a la seguridad social es mayor.

Asimismo, porque omitió tomar en cuenta el origen, las causas y la motivación de la creación de los denominados “Conflictos individuales de seguridad social”, en la reforma del 30 de noviembre de 2012 a la LFT, y el estableci-

²² *Semanario Judicial de la Federación*, 10 de abril de 2015.

miento de un “procedimiento especial” para su trámite, fruto de un plan del legislador, en donde quedó manifiesta su voluntad de que este tipo de asuntos se resolvieran con la mayor celeridad.

Además, por otro lado, no existen razones que justifiquen el trato distinto que se les da a otras prestaciones de seguridad social (riesgos de trabajo, maternidad, enfermedades, invalidez, vida y guarderías), cuyo reclamo judicial sí está relevado de agotar la instancia prejudicial conciliatoria, en tanto la pensión de cesantía por edad avanzada y vejez, así como la devolución y pago de sus aportaciones no, lo que se traduciría en un trato discriminatorio hacia las personas adultas mayores, haciendo una diferencia sustancial, con lo que se sobrepasa el contenido axiológico y material de la Constitución, no se guarda una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines, máxime que el legislador actuó con exceso de poder apartándose de la garantía de motivación material y, por tanto, es inconstitucional.

Por otra parte, a diferencia de los conflictos de carácter laboral entre trabajadores y patrones, en donde tiene sentido agotar la instancia prejudicial conciliatoria, toda vez que sólo implica realizar una gestión ante una instancia distinta a su centro de trabajo antes de acudir a la judicial, resulta excesivo y desproporcionado pretender que las controversias sobre prestaciones de seguridad social, además de la indispensable gestión ante la respectiva institución de seguridad social o Afore, requieran agotar también la correspondiente instancia prejudicial conciliatoria de carácter administrativo, pues ello efectivamente implica un retraso sustancial en el ejercicio de la acción judicial y un obstáculo injustificado a su derecho al acceso a la justicia, al disfrute de su derecho a la seguridad social y a la protección prevista en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

En atención a lo anterior, la restricción (consistente en la necesidad de agotar una instancia conciliatoria de carácter administrativo antes de acudir a un tribunal para hacer efectivo el derecho a las prestaciones de seguridad social) resulta inconvenional.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a lo analizado y expuesto, a fin de hacer compatibles las normas jurídicas nacionales con los estándares interamericanos, contrariamente a lo previsto en la jurisprudencia objeto de análisis, el Pleno de la SCJN debería

proceder a realizar una interpretación restrictiva de la norma constitucional y una interpretación extensiva de la norma legal a fin de incluir entre las excepciones de agotar la etapa conciliatoria prejudicial a las pensiones por vejez y cesantía en edad avanzada, así como la devolución y pago de aportaciones de seguridad social.