

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL

CRITERIO de interpretación, para efectos administrativos, de los artículos 109 Bis y 193 Bis de la Ley del Seguro Social.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Gobierno de México.- Instituto Mexicano del Seguro Social.- Dirección Jurídica.- Of. No. 0952174000/082.

Mtra. Norma Gabriela López Castañeda

Titular de la Dirección de Incorporación y Recaudación

Presente

Hago referencia al oficio número 0952189220/081, de fecha 17 de enero de 2019, mediante el cual el contador público Francisco Javier Velázquez Angulo, titular de la Coordinación de Clasificación de Empresas y Vigencia de Derechos, solicitó se informe el estado que guarda la consulta formulada a través de los escritos 0952189220/4113, y 0952189220/4801 del 25 de septiembre y 20 de noviembre de 2018, relativa a los alcances jurídicos, para efectos de la vigencia de derechos, de la adición de los artículos 109 Bis, y 193 Bis, de la Ley del Seguro Social.

Lo anterior, toda vez que en opinión de dicha Coordinación el referido artículo no contempla el periodo de conservación de derechos para los beneficiarios del asegurado conforme al artículo 84, de la Ley del Seguro Social, dado que la fracción VI, del artículo 21, de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas no establece temporalidad, al señalar que las personas beneficiarias de un régimen de seguridad social derivado de una relación de trabajo de la persona desaparecida continúen gozando de todos los derechos y beneficios aplicables a este régimen. Asimismo, tampoco se menciona si el asegurado debería estar vigente en sus derechos ante el Instituto al momento de la fecha que se manifieste en la Declaración Especial de Ausencia, conforme a la fracción I, del artículo 21 de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas.

En este sentido, la Coordinación de Clasificación de Empresas y Vigencia de Derechos requiere que se establezca la forma en que se otorgaría la vigencia de derechos a los beneficiarios del asegurado desaparecido, mencionando que esa Normativa propone que sea en tanto el asegurado es localizado con vida o hasta el momento en que se declare su muerte.

Adicionalmente, solicita opinión respecto a lo siguiente:

- ¿Es factible que el Instituto determine y resuelva respecto a las condiciones bajo las cuales la cuenta individual será puesta a disposición, particularmente, si es viable decidir qué subcuenta podrá ser afectada?
- ¿Cuál es el área competente que debe emitir la resolución a la que hace referencia el artículo 193 bis, considerando en su caso la inclusión de términos respecto a los cuales los beneficiarios podrán disponer de la cuenta individual?

Al respecto, con fundamento en el artículo 75, fracciones I y VII, del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social, me permito comentar a usted lo siguiente:

En relación con el artículo 109 Bis, de la Ley del Seguro Social se debe considerar que:

1. La Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición cometida por particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas, tiene entre sus objetivos garantizar la protección integral de los derechos de las personas desaparecidas hasta que se conozca su suerte o paradero; así como la atención, asistencia, protección y, en su caso, reparación integral y garantías de no repetición, en términos de la legislación aplicable.

La Ley prevé la emisión de una Declaración Especial de Ausencia, la cual tendrá como efecto, entre otros, permitir que los beneficiarios de un régimen de seguridad social derivado de una relación de trabajo de la persona desaparecida, continúen gozando de todos los beneficios aplicables a este régimen, conforme a lo dispuesto en el artículo 146, fracción V, de dicho ordenamiento.

2. La Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas tiene por objeto, entre otros, reconocer, proteger y garantizar la continuidad de la personalidad jurídica y los derechos de la persona desaparecida; así como otorgar las medidas apropiadas para asegurar la protección más amplia a sus familiares.

En particular, para el caso de la consulta formulada por la Coordinación de Clasificación de Empresas y Vigencia de Derechos, la Declaración Especial de Ausencia tiene por efecto el reconocimiento de la ausencia de la persona desaparecida desde la fecha en que se consigna el hecho en la denuncia o en el reporte; y permitir que las personas beneficiarias de un régimen de seguridad social derivado de una relación de trabajo de la Persona Desaparecida continúen gozando de todos los derechos y beneficios aplicables a este régimen. Lo anterior, conforme lo dispuesto en el artículo 21 fracciones I y VI, de la Ley en cuestión.

En el caso de los derechos laborales de la persona desaparecida, la Ley establece lo siguiente:

“**Artículo 26.-** La Declaración Especial de Ausencia protegerá los derechos laborales de la Persona Desaparecida en los siguientes términos:

- I. Se le tendrá en situación de permiso sin goce de sueldo. En el supuesto de que la víctima fuera localizada con vida, el patrón deberá reinstalarlo en el puesto que ocupaba en su centro de trabajo antes de la desaparición;
- II. Si es localizada con vida, recuperará su posición, escalafón y derechos de antigüedad de conformidad con la legislación aplicable;
- III. A las personas beneficiarias en materia de seguridad social, se les reconocerán y conservarán los derechos y beneficios que establece el orden jurídico aplicable, y
- IV. Se suspenderán los pagos con motivo del crédito para la adquisición de viviendas.

La medida de protección prevista en la fracción I del presente artículo se mantendrá hasta por cinco años, pasados los cuales no habrá obligación para el empleador. Por lo que hace a lo previsto en las demás fracciones, las medidas de protección se mantendrán hasta la localización, con o sin vida, de la Persona Desaparecida.

Por lo que hace a las fracciones III y IV del presente artículo, la Federación será la encargada de garantizar que dichas protecciones continúen, en términos de la legislación aplicable.

Si la Persona Desaparecida laboraba al servicio de la Federación, la Declaración Especial de Ausencia protegerá los derechos laborales en el mismo sentido que establece este artículo hasta su localización con o sin vida.”

3. El artículo 132, fracción XXIX, de la **Ley Federal del Trabajo** dispone la obligación de los patrones de otorgar permiso sin goce de sueldo a las y los trabajadores declarados desaparecidos que cuenten con Declaración Especial de Ausencia, en los términos de lo establecido en la legislación especial en la materia.

En el mismo sentido, el artículo 133, fracción XVI, de esta Ley, establece la prohibición para el patrón de dar de baja o terminar la relación laboral de un trabajador que tenga la calidad de persona desaparecida y cuente con Declaración Especial de Ausencia, en los términos de lo establecido en la legislación especial en la materia.

4. El artículo 109 bis, de la **Ley del Seguro Social**, adicionado mediante Decreto que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 22 de junio de 2018, señala que cuando el trabajador tenga la calidad de persona desaparecida y cuente con Declaración Especial de Ausencia, en términos de la legislación especial en la materia, los beneficiarios conservarán el derecho a recibir la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria.

De lo anterior se desprende que en el caso de Declaración Especial de Ausencia subsiste la relación laboral entre el patrón y la persona desaparecida, sin que exista obligación para el primero de pagar salarios a la segunda. En consecuencia, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 31, de la Ley del Seguro Social, que establece lo siguiente:

“**Artículo 31.** Cuando por ausencias del trabajador a sus labores no se paguen salarios, pero subsista la relación laboral, la cotización mensual se ajustará a las reglas siguientes:

- I. Si las ausencias del trabajador son por periodos menores de ocho días consecutivos o interrumpidos, se cotizará y pagará por dichos periodos únicamente en el seguro de enfermedades y maternidad. En estos casos los patrones deberán presentar la aclaración correspondiente, indicando que se trata de cuotas omitidas por ausentismo

y comprobarán la falta de pago de salarios respectivos, mediante la exhibición de las listas de raya o de las nóminas correspondientes. Para este efecto el número de días de cada mes se obtendrá restando del total de días que contenga el periodo de cuotas de que se trate, el número de ausencias sin pago de salario correspondiente al mismo periodo.

Si las ausencias del trabajador son por periodos de ocho días consecutivos o mayores, el patrón quedará liberado del pago de las cuotas obrero patronales, siempre y cuando proceda en los términos del artículo 37¹;

- II. En los casos de las fracciones II y III del artículo 30², se seguirán las mismas reglas de la fracción anterior;
- III. En el caso de ausencias de trabajadores comprendidos en la fracción III del artículo 29³, cualquiera que sea la naturaleza del salario que perciban, el reglamento determinará lo procedente conforme al criterio sustentado en las bases anteriores, y
- IV. Tratándose de ausencias amparadas por incapacidades médicas expedidas por el Instituto no será obligatorio cubrir las cuotas obrero patronales, excepto por lo que se refiere al ramo de retiro.”

Por lo que hace al cuestionamiento referente a si es posible que el Instituto determine y resuelva respecto a las condiciones bajo las cuales la cuenta individual será puesta a disposición, particularmente, si es viable decidir qué subcuenta podrá ser afectada, se estima necesario hacer las siguientes consideraciones jurídicas:

1. El artículo 159, fracción I, de la **Ley del Seguro Social**, define a la Cuenta Individual, como aquella que se abrirá para cada asegurado en las Administradoras de Fondos para el Retiro, para que se depositen en la misma las cuotas obrero-patronales y estatal por concepto del seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, así como los rendimientos.

El artículo 169 de la Ley del Seguro Social, establece claramente que los recursos depositados en la cuenta individual de cada trabajador son propiedad de éste con las modalidades que se establecen en esta Ley y demás disposiciones aplicables. Es decir, por virtud de este artículo, el legislador otorga la propiedad al trabajador sobre los recursos acumulados en la cuenta individual, y lo hace dueño de los recursos acumulados en la misma.

2. Por otra parte, respecto a la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, del artículo 20⁴, se desprende que corresponde al Órgano Jurisdiccional dictar la resolución especial de ausencia, debiendo incluir en la misma los efectos y las medidas definitivas para garantizar la máxima protección a la Persona Desaparecida y sus Familiares; entendiéndose por órgano jurisdiccional, el competente del fuero federal en materia civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, fracción VIII⁵, de dicha Ley.

¹ **Artículo 37.** En tanto el patrón no presente al Instituto el aviso de baja del trabajador, subsistirá su obligación de cubrir las cuotas obrero patronales respectivas; sin embargo, si se comprueba que dicho trabajador fue inscrito por otro patrón, el Instituto devolverá al patrón omiso, a su solicitud, el importe de las cuotas obrero patronales pagadas en exceso, a partir de la fecha de la nueva alta.

² **Artículo 30.** Para determinar el salario diario base de cotización se estará a lo siguiente:

- I. ...
- II. Si por la naturaleza del trabajo, el salario se integra con elementos variables que no puedan ser previamente conocidos, se sumarán los ingresos totales percibidos durante los dos meses inmediatos anteriores y se dividirán entre el número de días de salario devengado en ese periodo. Si se trata de un trabajador de nuevo ingreso, se tomará el salario probable que le corresponda en dicho periodo, y
- III. En los casos en que el salario de un trabajador se integre con elementos fijos y variables, se considerará de carácter mixto, por lo que, para los efectos de cotización, se sumará a los elementos fijos el promedio obtenido de los variables en términos de lo que se establece en la fracción anterior.

³ **Artículo 29.** Para determinar la forma de cotización se aplicarán las siguientes reglas:

- I. y II. ...
- III. Si por la naturaleza o peculiaridades de las labores, el salario no se estipula por semana o por mes, sino por día trabajado y comprende menos días de los de una semana o el asegurado labora jornadas reducidas y su salario se determina por unidad de tiempo, en ningún caso se recibirán cuotas con base en un salario inferior al mínimo.

⁴ **Artículo 20.-** La resolución que dicte el Órgano Jurisdiccional sobre la Declaración Especial de Ausencia incluirá los efectos y las medidas definitivas para garantizar la máxima protección a la Persona Desaparecida y los Familiares. El Órgano Jurisdiccional solicitará a la secretaría del juzgado o su equivalente, la emisión de la certificación correspondiente, a fin de que se haga la inscripción en el Registro Civil correspondiente, en un plazo no mayor de tres días hábiles y se ordenará que la Declaratoria Especial de Ausencia se publique en el Diario Oficial de la Federación, en la página electrónica del Poder Judicial de la Federación, así como en la de la Comisión Nacional de Búsqueda, la cual será realizada de manera gratuita.

⁵ **Artículo 3.-** Para efectos de esta Ley se entiende por:

I a VII ...

VIII. Órgano Jurisdiccional: al órgano jurisdiccional competente del fuero federal en materia civil;

Adicionalmente, establece en su artículo 21, fracción V⁶, que la Declaración Especial de Ausencia tendrá, entre otros efectos fijar la forma y plazos para que los Familiares y otras personas legitimadas por ley, puedan acceder, previo control judicial, al patrimonio de la Persona Desaparecida. Tomando en cuenta lo anterior, la resolución que emita el Órgano Jurisdiccional respecto a la Declaración de Ausencia del trabajador, debería precisar los términos en que se pondrán a disposición de los beneficiarios los recursos de la cuenta individual.

3. Respecto al área competente que debe emitir la resolución a la que hace referencia el artículo 193 bis de la Ley del Seguro Social, le comento que el texto de dicho numeral, se refiere a la resolución que resuelve lo concerniente a la Declaración Especial de Ausencia, por lo que con base en el artículo 20 de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, corresponde al Órgano Jurisdiccional emitir la resolución, y el Instituto deberá observar los términos que establezca la misma.

En virtud de lo antes expuesto, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 268 A, de la Ley del Seguro Social; 2 fracción V, 3 fracción II inciso e), 5, 6 y 75 fracciones I, VII y XXII, del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social; y con base en una interpretación armónica de lo previsto en los artículos 31, 159, fracción I, 169, 109 Bis, y 193 Bis, de la Ley del Seguro Social, en relación con lo dispuesto en los artículos 132, fracción XXIX, y 133, fracción XVI, de la Ley Federal del Trabajo, de aplicación supletoria de la Ley del Seguro Social, esta Dirección Jurídica fija el siguiente:

CRITERIO DE INTERPRETACIÓN, PARA EFECTOS ADMINISTRATIVOS, DE LOS ARTÍCULOS 109 Bis, y 193 Bis DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

PRIMERO.- En el caso de aseguradas o asegurados del Régimen Obligatorio del Seguro Social, que tengan la calidad de personas desaparecidas y cuenten con Declaración Especial de Ausencia, en términos de la legislación especial en la materia, la cotización mensual de los mismos se ajustará a las reglas establecidas en el artículo 31, de la Ley del Seguro Social, mientras subsista la Declaración Especial de Ausencia y hasta que el patrón presente el aviso de baja ante el Instituto por fallecimiento de la trabajadora o trabajador desaparecido o por haber transcurrido el plazo de cinco años previsto en el segundo párrafo, del artículo 26, de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, en relación con lo dispuesto en artículos 132, fracción XXIX, y 133, fracción XVI, de la Ley Federal del Trabajo.

SEGUNDO.- Las personas beneficiarias de la asegurada o asegurado que tenga la calidad de persona desaparecida y cuente con Declaración Especial de Ausencia, en términos de la legislación especial en la materia, conservarán el derecho a recibir la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria, conforme lo dispuesto en el artículo 109 bis, de la Ley del Seguro Social, mientras subsista la Declaración Especial de Ausencia y hasta ocho semanas después de que el patrón presente el aviso de baja ante el Instituto por fallecimiento de la trabajadora o trabajador desaparecido o por haber transcurrido el plazo de cinco años previsto en el segundo párrafo, del artículo 26, de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, en relación con lo dispuesto en artículos 132, fracción XXIX, y 133, fracción XVI, de la Ley Federal del Trabajo.

TERCERO.- Para efectos de poner a disposición de los beneficiarios los recursos de la cuenta individual de la asegurada o asegurado que tenga la calidad de persona desaparecida, el Instituto deberá observar los términos que establezca la resolución especial de ausencia que emita el Órgano Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 21 fracción V, de la Ley Federal de Declaración Especial de Ausencia para Personas Desaparecidas, en relación con el artículo 169 de la Ley del Seguro Social.

CUARTO.- El presente criterio entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Atentamente

Ciudad de México, a 21 de marzo de 2019.- El Titular de la Unidad de Investigaciones y Procesos Jurídicos, actuando como Encargado de la Dirección Jurídica, con base en el oficio de designación número 0952170500/047, del 1 de marzo de 2019, suscrito por el Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social, **Gustavo Cárdenas Soriano**.- Rúbrica.

⁶ Artículo 21.- La Declaración Especial de Ausencia tendrá, como mínimo, los siguientes efectos:

I a IV ...

V. Fijar la forma y plazos para que los Familiares u otras personas legitimadas por ley, puedan acceder, previo control judicial, al patrimonio de la Persona Desaparecida;