



SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

Guadalajara, Jalisco, a **dos de marzo de dos mil dieciséis.-** Estando debidamente integrada la Segunda Sala Regional de Occidente para sesionar en términos del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, por los Magistrados **ALFREDO UREÑA HEREDIA, JOSÉ LUIS PINTO VERDUGO** como Presidente y **SONIA SÁNCHEZ FLORES** como Instructora, dando fe como Secretaria de Acuerdos la Licenciada CLAUDIA ANGÉLICA CISNEROS RAZO; con fundamento en los artículos 49 y 50 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, **se procede a dictar sentencia** en el juicio de nulidad **7576/15-07-02-3**.

R E S U L T A N D O

1.- Por escrito presentado el 14 de agosto de 2015 en la Oficialía de Partes Común para las Salas Regionales de Occidente de este Tribunal, el C. ******* *******, por su propio derecho, demandó la nulidad de la resolución contenida en el oficio ISS.018.300.302/409/2015 de 22 de junio de 2015, emitida por el Subdelegado de Prestaciones de la Delegación Estatal Nayarit del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, a través del cual se negó el otorgamiento de pensión por viudez; relatando los hechos, invocando el derecho y exhibiendo las pruebas que consideran que acreditan su dicho.

2.- Por acuerdo de 20 de agosto de 2015 se admitió a trámite la demanda de nulidad, ordenando su traslado a la demandada para que la contestara en el plazo de ley.

3.- Por oficio presentado en la Oficialía de Partes Común para las Salas Regionales de Occidente el 26 de noviembre de 2015, la Titular de la Unidad Jurídica y Apoderada de la Delegación Estatal en Nayarit, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, produjo contestación a la demanda.

4.- Por acuerdo de 9 de diciembre de 2015, se tuvo por formulada la contestación de demanda y por admitidas las pruebas ofertadas,

ordenando el traslado a la actora para los efectos legales conducentes; asimismo, se hizo del conocimiento de las partes que contaban con un término de 5 días para formular sus alegatos.

5.- Mediante proveído de 1 de marzo de 2016 se declaró cerrada la instrucción en el presente juicio, turnándose el expediente para que conforme a derecho se dictara la sentencia correspondiente.

C O N S I D E R A N D O

PRIMERO.- Esta Segunda Sala Regional de Occidente resulta competente en razón del territorio para conocer del presente juicio, toda vez que el domicilio fiscal de la actora se encuentra ubicado dentro de la jurisdicción establecida en los artículos 32 y 34, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, 21, fracción VII y 22, fracción VII, del Reglamento Interior de este Tribunal; igualmente, resulta competente en razón de la materia, ya que la resolución impugnada se encuentra comprendida en la fracción VI, del numeral 14, de la Ley Orgánica de este Órgano Jurisdiccional, al tratarse de una resolución dictada en materia de pensiones civiles, con cargo al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

SEGUNDO.- La existencia jurídica del acto administrativo, materia de esta controversia, ha quedado acreditada en autos en los términos de los artículos 93, fracciones I y II, 95, 200 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a esta materia, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1º de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, con el ejemplar de la resolución impugnada exhibida por la actora, así como por el reconocimiento que de la misma hace la demandada.

TERCERO.- Este Órgano Colegiado previo a realizar el estudio de los conceptos de impugnación vertidos por la parte actora, considera necesario precisar que en relación a los siguientes puntos no existe controversia.

- a) El C. ***** actualmente cotiza en el régimen de seguridad social previsto en la Ley del Instituto de Seguridad y de

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, al prestar sus servicios al SEPEN (Servicios de Educación Pública de Nayarit).

b) El 9 de diciembre de 1974 celebró matrimonio con la C. *** *****
***** *****.

c) La C. *** ***** ***** ***** causó baja por defunción el 27 de octubre de 1997.

Una vez precisado lo anterior, esta Juzgadora con fundamento en el artículo 50 de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, procede al estudio conjunto de los conceptos de impugnación **“PRIMERO”**, **“SEGUNDO”** y **“TERCERO”**, en los que la actora aduce lo siguiente:

PRIMERO

“Al demandarse el otorgamiento de mi Pensión por Viudez a partir del día 28 de octubre de 1997 a la fecha y el pago total del retroactivo de los diversos conceptos como son: 01 (Pensión), 02 (Previsión Social Múltiple), 03 (Bono), 04 (Aguinaldo), 05 (Retroactivo por el pago de Ajuste de calendario de los 360 días de calendario a 365 días), más incrementos salariales, sin que se me aplique la Incompatibilidad por parte del ISSSTE; por encontrarme como trabajador en activo, sin tener que objetarse limitación alguna para ello, considerando que los actos que ha realizado el ISSSTE han sido de manera unilateral y sin que haya mediado juicio alguno para ello y con sus acciones ha lesionado mis derechos, esto en razón de que en su condición de administrador de la pensión de viudez, al no entregarme los montos correspondientes a las mismas desde que nació la obligación para ello, puede suponerse ha obtenido un beneficio (el cual desconozco) con los recursos faltantes, de las cuales no es mi absoluto interés, sino el de que me restituyan las retenciones efectuadas en mi

perjuicio, atendiendo con ello los principios de universalidad a través de los cuales nos llevan a un análisis concienzudo de la aplicación por parte de la autoridad **en un ámbito de protección a los derechos humanos en la esfera más amplia en términos de lo dispuesto en la Carta Magna**, así como a lo que este establecido en todos los tratados internacionales en los que México forma parte, además obliga con el principio de **progresividad** a no retroceder en la aplicación del derecho, sino a dar avances en beneficio del gobernado, tutelando el respeto y protección de sus derechos humanos, en base a principios pro homine.

[...]

De lo anterior, se advierte que no debe existir motivo alguno para limitar el goce de la pensión de Viudez por encontrarme en activo al estar trabajando en la Federación, toda vez (sic) resultar (sic) ser de naturaleza distinta, así como las aportaciones resultan ser diferentes no ponen en riesgo la viabilidad financiera de la pensión de Viudez, luego entonces el ISSSTE tiene la obligación de otorgarme la pensión de viudez. De tal suerte, que lo correcto es que el (ISSSTE) me conceda la Concesión de la pensión de viudez a partir del 28 de Octubre de 1997 a la fecha, sin sujetarla a la incompatibilidad por estar trabajando en activo que como ya se señaló anteriormente este resulta ser inconstitucional y lesiva de mis derechos adquiridos como trabajador y como cónyuge supérstite de la C. *** ***** ***** *****.”

SEGUNDO

“Al tener como naturaleza, el proporcionar a quienes gozan de ese beneficio, un medio de subsistencia que les permite constituir patrimonio, es decir, es un derecho que por el simple transcurso del tiempo nace día con día; de ahí que las acciones que cualquier beneficiario jubilado o pensionado tendientes, a obtener la fijación correcta de la misma, ante la autoridad que para tal efecto prevea la Ley de la materia, no son susceptibles de prescribir, ni de renunciar a ellas bajo ninguna circunstancia, en virtud de que la privación del pago de la pensión, o bien el

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

otorgamiento de una inferior a la que conforme a derecho realmente le corresponde, es inconstitucional, de igual forma la pensión o jubilación, constituyen actos de tracto sucesivo o naturaleza sucesiva cuyo término para ser ejercidas debe computarse todos los días, lo que trae como consecuencia que el derecho en cuestión, resulte por demás imprescriptible e irrenunciable.

[...]

[...] corresponde precisamente realizar el reclamo actualmente por esta vía, de todas aquellas diferencias e incrementos que no me han sido entregados, ahora bien debe considerarse que los actos son de tracto sucesivo, en virtud de que no terminan en un solo evento sino que continúan de manera constante y permanente, por tanto al ser así, su reclamo es también constante.”

TERCERO

“Las Autoridades Responsables con su actuar afectan mi derecho social consagrado Constitucionalmente en el referido artículo **123 APARTADO B fracción XI inciso a) de la Constitución Federal, al restringir y negarme el derecho de gozar la Pensión de Viudez** que me asiste como parte derivada de derechos creados por mi finada esposa ***** ***** ***** *******; según ello en razón que al momento del fallecimiento de la misma, el quejoso no contaba con 55 años de edad, apoyándose para el caso en el artículo 75 fracción III de la Ley del ISSSTE (Vigente hasta el 31 de Marzo de 2007). Adicionalmente, debe de considerarse que tal dispositivo resulta ser contrario a lo dispuesto en el artículo 4 de nuestra Carta Magna, en razón que en el mismo **se contienen determinaciones discriminatorias, al establecer diferencias entre los requisitos necesarios a satisfacer para tener acceso a la Pensión de Viudez**, ello resulta ser así, si se considera que para el caso de tratarse

del conyugue del trabajador fallecido únicamente tiene que acreditar dicha condición para efecto de tener acceso al derecho pensionado por Viudez, que por el contrario tratándose de conyugue varón o concubino supérstite de la trabajadora fallecida deberá además satisfacer otros requisitos como son el hecho de contar con una edad de 55 años o este incapacitado para trabajar y hubiere dependido económicamente de le conyugue trabajadora o pensionada. **Y como sea (sic) mencionado anteriormente resulta ser discriminatorio si se considera que la finalidad que se busca con el artículo 4°... "El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia..."** traduciéndose en que varias personas que se encuentran en una situación particular frente a la Ley, tengan la capacidad y posibilidad de ser titulares de los mismos derechos o bien de contraer las mismas obligaciones que otra persona, o sea que guardan el mismo estatus jurídico. Pretendiendo con ello considerar a la persona humana desprendida de género, de tal manera que su situación de persona lo revista de todos y cada uno de los derechos que intrínsecamente le corresponden por el solo hecho de ser precisamente una persona humana. Situación por demás excesiva y violatoria de mis derechos fundamentales, toda vez que tal disposición no es aplicable al hoy quejoso; a quien las Autoridades Responsables con tal acto señalan cumplir mayores requisitos que los establecidos en la propia norma regulatoria, implicando además discriminación hacia mi persona que en una condición igual a cualquier mujer debo recibir igualdad de otorgamiento y protección a mis derechos en todos sus aspectos y contenidos, con independencia de la condición de género sexual.”

Por su parte la autoridad demandada, al momento de dar contestación a la demanda de nulidad, señaló lo siguiente:

“(...) Si el Instituto advierte la incompatibilidad de la pensión o pensiones que esté recibiendo un trabajador o pensionista, éstas serán suspendidas de inmediato, pero

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

se puede gozar nuevamente de las mismas cuando desaparezca la incompatibilidad y se reintegren las sumas recibidas, lo que deberá hacerse en el plazo y con los intereses que le fije el Instituto, que no será mayor del 9% anual y en un término que nunca será inferior al tiempo durante el cual las estuvo recibiendo. Si no se hiciese el reintegro en la forma señalada, se perderá todo el derecho a la pensión.

En este sentido, como manifiesta el propio actor en el hecho marcado con el número tres de su escrito inicial de demanda, actualmente presta sus servicios como Inspector de Secundaria Federal, motivo por el cual se actualiza el supuesto de incompatibilidad de pensión, ya que de conformidad con el inciso C de la fracción II del artículo 51, de la Ley del instituto aplicable, las pensiones solo son compatibles cuando se desempeña de un trabajo remunerado que no implique la incorporación al régimen de dicha Ley.

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que el actor al momento del fallecimiento de su esposa, contaba con 48 años de edad, motivo por el cual no tiene derecho a la pensión por viudez, ya que de conformidad con la Fracción III, del artículo 75 de la Ley del Instituto aplicable, este se actualizará cuando el esposo supérstite solo, o en concurrencia con los hijos o estos solos reúnan las condiciones a que se refiere la fracción I, **siempre que aquel fuese mayor de 55 años**, o este incapacitados para trabajar y hubiera dependido económicamente de la esposa trabajadora o pensionada. Por lo que en este orden de ideas, es evidente, que el promovente no se encuentra en dicho supuesto.

Ahora bien, suponiendo sin conceder que al C. ***

*******, le asistiera el derecho para reclamar pensión por viudez con motivo del fallecimiento de su esposa, quiero precisar que es incongruente y carente de

cualquier sustento jurídico que pretenda que mi representada realice en su favor el pago retroactivo de la pensión de viudez que nos ocupa, a partir del día 28 de Octubre de 1997 a la fecha, en todos sus conceptos 01 (monto de la viudez), 02 (Previsión Social Múltiple) 03 (Bono), 04 (Aguinaldo), 05 (retroactivo por el pago de ajuste de calendario de los 360 días a 365), más incrementos salariales; esto es así, va que la misma fue cubierto en su totalidad a través de la pensión por orfandad número 395802, otorgada a partir del 28 de Octubre de 1997 hasta el primero de Enero del 2010, a favor de su hijo ****
***** *****, y a favor de su hijo ***** *****, del 28 de Octubre de 1997 hasta el día 01 de Enero del 2010, fecha en que mi representada dio por terminada dicha pensión; por lo que resulta ilógica y sin fundamento legal alguno la pretensión del demandante, puesto que en el supuesto que esta H. Sala Regional de Occidente, determinara como procedente dicha pretensión, se estaría condenando a mi representada a realizar por segunda ocasión el pago de la pensión que nos ocupa.”

Esta Juzgadora considera que los argumentos vertidos por la parte actora son **fundados** y por ende, suficientes para declarar la nulidad de la resolución impugnada, en atención a las siguientes consideraciones.

Obra agregada en autos la resolución impugnada (fojas 26 a 29 de autos), de cuyo contenido se desprende lo siguiente:

“[...] me permito informarle que no es procedente su solicitud de transmisión de pensión por viudez de su extinta esposa *** ***** de acuerdo a lo que establece el artículo 51 y 75 fracción III de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del estado [...].”

Es menester precisar el contenido del artículo 51 de la Ley del Instituto de Seguridad y de Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (vigente al 31 de marzo del 2007), que en la parte que interesa, dispone lo siguiente:

“Artículo 51.- Las pensiones a que se refiere este capítulo son compatibles con el disfrute de otras pensiones, o con el desempeño de trabajos remunerados, de acuerdo a lo siguiente:

I. La percepción de una pensión por jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios o por cesantía en edad avanzada, con:

A) El disfrute de una pensión de viudez o concubinato derivada de los derechos del trabajador o pensionista; y

B) El disfrute de una pensión por riesgo del trabajo;

II. La percepción de una pensión de viudez o concubinato con:

A) El disfrute de una pensión por jubilación, de retiro por edad y tiempo de servicios, por cesantía en edad avanzada o por invalidez, derivada por derechos propios como trabajador;

B) El disfrute de una pensión por riesgo del trabajo ya sea por derechos propios o derivados de los derechos como cónyuge o concubinario del trabajador o pensionista; y

C) El desempeño de un trabajo remunerado que no implique la incorporación al régimen de esta Ley; y

[...]

Cuando algún pensionista desempeñe un cargo, empleo o comisión remunerados en cualquier dependencia o entidad que impliquen la incorporación al régimen de la Ley, salvo los casos de excepción ya contemplados en este artículo, deberá dar aviso inmediato al Instituto, igual obligación tendrá cuando se le otorgue otra pensión. El incumplimiento de lo anterior dará causa fundada al Instituto para suspender la pensión.

[...]

Si el Instituto advierte la incompatibilidad de la pensión o pensiones que esté recibiendo un trabajador o pensionista, éstas serán suspendidas de inmediato, pero se puede gozar nuevamente de las mismas cuando desaparezca la incompatibilidad y se reintegren las sumas recibidas, lo que deberá hacerse en el plazo y con los intereses que le fije el Instituto, que no será mayor del 9% anual y en un término que nunca será inferior al tiempo durante el cual las estuvo recibiendo. Si no se hiciese el reintegro en la forma señalada, se perderá todo el derecho a la pensión.”

Numeral trasunto de cuyo contenido se desprende, en específico de la fracción II, inciso c), que la percepción de una pensión de viudez, es compatible con el disfrute de otras pensiones, o con el desempeño de trabajos remunerados, siempre que el desempeño de ese trabajo remunerado no implique la incorporación al régimen de la propia Ley del Instituto de Seguridad y de Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado.

Ahora bien, en el presente caso, el C. ***** *****, actor en el presente juicio, desempeña un trabajo remunerado en los Servicios de Educación Pública del Estado de Nayarit, tal como se desprende del comprobante de pago a nombre del actor, con número de folio ***** NSS: ***** , número de nómina ***, expedido por Servicios de Educación Pública del Estado de Nayarit (SEPEN) (foja 42 de autos), de lo que se colige que se encuentra incorporado al régimen de aseguramiento de la Ley del Instituto de Seguridad y de Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, lo que atento a lo dispuesto por el artículo 51, fracción II, inciso c), haría incompatible la pensión de viudez con el desempeño del trabajo remunerado que realiza.

No obstante lo anterior, lo cierto es que lo dispuesto en el artículo 51, fracción II, inciso c), Ley del Instituto de Seguridad y de Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (vigente al 31 de marzo del 2007), al restringir el derecho del cónyuge superviviente, a saber, el C. ***** ***** ***** , a recibir la pensión por viudez derivada de la muerte de su cónyuge la C. *** ***** ***** ***** , durante el lapso que desempeñe un trabajo remunerado que implique la incorporación al régimen obligatorio de la Ley del Instituto de Seguridad y de Servicios Sociales para

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

los Trabajadores del Estado, viola la garantía social prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que el derecho aludido no es incompatible o antagónico con el de desempeñar un cargo, empleo o comisión remunerados en cualquier dependencia o entidad que implique su incorporación al régimen obligatorio previsto en la Ley de la materia, pues así lo determinó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Jurisprudencia **1a./J. 66/2009**, sustentada en la Novena Época, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXX, Julio de 2009, página 333, cuyo rubro y texto, son del tenor literal siguiente:

“PENSIÓN POR VIUDEZ. EL ARTÍCULO 51, FRACCIÓN II, INCISO C), DE LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO, AL RESTRINGIR EL DERECHO A RECIBIRLA, VIOLA LA GARANTÍA SOCIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO B, FRACCIÓN XI, INCISO A), DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 31 DE MARZO DE 2007). El artículo 51, fracción II, inciso c), de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, abrogada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 31 de marzo de 2007, al restringir el derecho de la esposa o concubina, esposo o concubinario a recibir la pensión por viudez derivada de la muerte del trabajador o trabajadora, durante el lapso que desempeñe un trabajo remunerado que implique la incorporación al régimen obligatorio de dicha Ley, viola la garantía social prevista en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que el derecho aludido no es incompatible o antagónico con el de desempeñar un cargo, empleo o comisión remunerados en cualquier dependencia o entidad que implique su incorporación al régimen

obligatorio previsto en la Ley de la materia. Así, resulta inconcuso **que recibir un salario por un empleo o cargo desempeñado por un pensionado y su inscripción al régimen obligatorio del aludido instituto son contraprestaciones que no se oponen al derecho de recibir diversas pensiones, entre ellas, la de viudez;** máxime que del proceso legislativo que originó el apartado B del indicado precepto constitucional, se advierte que el poder reformador de la Carta Magna dispuso que las garantías sociales en ningún caso pueden restringirse. Ello es así, en primer lugar, porque ambos derechos tienen orígenes diferentes, pues el de la pensión por viudez surge por la muerte del trabajador, es decir, es una prestación establecida en favor de la esposa o concubina, esposo o concubinario y no del extinto trabajador, aun cuando su fuente es la relación laboral existente entre éste y la entidad gubernamental respectiva; en segundo lugar, porque el hecho de que los viudos pensionados desempeñen un cargo que conlleve la incorporación al régimen obligatorio citado y, por ende, el acceso -por cuenta propia- a los beneficios de seguridad social derivados de ese régimen no excluye al derecho de seguir recibiendo el pago de la pensión por viudez sino que, por el contrario, la conjugación de los derechos derivados del nuevo empleo y de la referida pensión coadyuva a hacer efectiva la garantía social de mérito, orientada a garantizar el bienestar de los familiares del trabajador fallecido. Además, la pensión mencionada no es una concesión gratuita o generosa, sino un derecho gestado con las aportaciones efectuadas por el trabajador durante su vida productiva con el objeto de garantizar, aunque sea en parte, la subsistencia de sus beneficiarios.

AMPARO EN REVISIÓN 509/2007. *****. 5 de septiembre de 2007. Cinco votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro. Amparo en revisión 525/2007. Ernestina García Torres. 12 de septiembre de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guillermina Coutiño Mata.

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

Amparo en revisión 968/2007. Manuel Castillo Castillo. 7 de noviembre de 2007. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Jaime Flores Cruz.

Amparo en revisión 1034/2007. Amanda Ledezma Alfaro. 21 de noviembre de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Carmen Vergara López.

Amparo en revisión 103/2009. Fidencio Burgos Zazueta. 18 de marzo de 2009. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Carmen Vergara López.

Tesis de jurisprudencia 66/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diez de junio de dos mil nueve.”

Jurisprudencia trasunta que resulta de observancia y aplicación obligatoria para este Tribunal, pues así lo dispone la diversa **P./J. 38/2002**, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta de agosto de 2002, página 5, en la que dispuso:

“JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA, SIEMPRE QUE SEA PROCEDENTE, AL JUZGAR LA LEGALIDAD DE UN ACTO O RESOLUCIÓN FUNDADOS EN ESA LEY. De acuerdo con lo establecido por los artículos 94, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 192 de la Ley de Amparo, que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el tribunal jurisdiccional referido debe aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la

materia sobre la que versa; además, si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que **al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte**, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo, pues éste se limita a señalar que en las mismas no se podrá hacer una declaración general sobre la inconstitucionalidad de la ley o acto que motivare el juicio y que sólo protegerán al individuo que solicitó la protección constitucional, ya que en el supuesto examinado el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, al cumplir con la obligación que se le impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta. Por otro lado la obligatoriedad referida responde al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Carta Fundamental, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla. El criterio aquí sostenido no avala, obviamente, la incorrecta aplicación de la jurisprudencia que declara inconstitucional una ley, de la misma manera que, guardada la debida proporción, una norma legal no se ve afectada por su incorrecta aplicación.

Contradicción de tesis 6/2002. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Administrativa del Primer Circuito, Primero del Décimo Cuarto Circuito y Segundo del Vigésimo Primer Circuito. 26 de agosto de 2002. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Mariano



SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

Azuela Güitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy veintinueve de agosto en curso, aprobó, con el número 38/2002, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintinueve de agosto de dos mil dos.”

(Lo resaltado es nuestro)

Por lo anterior y toda vez que la resolución impugnada se sustentó en el artículo 51, fracción II, inciso c), de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (vigente hasta el 31 de marzo de 2007), precepto declarado inconstitucional por Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es de concluirse que la misma resulta contraria a derecho por indebida aplicación de dicha norma.

Así lo resolvió el Pleno de la Sala Superior de este Tribunal, en su Jurisprudencia **V-J-SS-94**, consultable en su Revista de enero 2006, página 61, en la que se lee:

“INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO.- SU DECLARATORIA CONDUCE A LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA QUE LA CITA COMO FUNDAMENTO.- Si bien es cierto que la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación no tiene efectos derogatorios, y por ende, cualquier precepto legal que haya sido declarado inconstitucional por nuestro máximo Tribunal no pierde su vigencia en tanto no se siga el procedimiento legislativo correspondiente, pudiendo la autoridad administrativa aplicar dicha disposición mientras no se derogue, no menos cierto es que, al tenor del artículo 192 de la Ley de Amparo, la jurisprudencia que dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación resulta obligatoria para este Tribunal Federal de Justicia Fiscal y

Administrativa, razón por la que si la parte actora esgrime en juicio que la resolución impugnada es ilegal porque se fundamenta en un precepto que fue declarado inconstitucional mediante jurisprudencia, este Tribunal, en cumplimiento a la disposición de la Ley de Amparo en comento, debe acatarla y declarar la nulidad de la resolución impugnada. (7)

(Tesis de jurisprudencia aprobada por acuerdo G/47/2005)

Bajo esa tesitura, esta Juzgadora concluye que al fundarse la resolución combatida en un artículo inconstitucional, a saber, el numeral 51, fracción II, inciso c), de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (vigente hasta el 31 de marzo de 2007), la misma resulta contraria a derecho por la indebida aplicación de dicha norma, lo que actualiza la causal de anulación prevista en el artículo 51, fracción IV, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo.

Ahora bien, con relación al argumento vertido por la parte actora en el que arguye que la autoridad demandada afecta su derecho consagrado en el artículo 123, apartado B, fracción XI, inciso a), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al restringir y negar el derecho de gozar la pensión por viudez que deriva de los derechos creados por su cónyuge la C. ***** ***** ***** *******, toda vez que al momento del fallecimiento de la misma, el actor no contaba con 55 años de edad, de conformidad con el artículo 75, fracción III, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, ya que ante la posibilidad de aplicar dos preceptos legales, la autoridad demandada atendiendo el principio pro homine o pro persona debió aplicar el más favorable al suscrito, esto es, el artículo 75, fracción I, de la mencionada ley, esta Juzgadora considera necesario efectuar las siguientes precisiones.

Los primeros tres párrafos del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, disponen:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

[...].”

De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio *pro persona*.

Así, los mandatos contenidos en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la propia Constitución, para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad.

En efecto, todos los órganos jurisdiccionales nacionales deberán, en principio, ejercer el control de convencionalidad de las normas, atendiendo no sólo a los derechos humanos que consagra nuestra Carta Magna, sino también a los contenidos en los tratados internacionales que la Nación tenga suscritos en materia de derechos humanos. Así, actualmente existen dos vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados: Primero, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación mediante las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el amparo directo e indirecto y, segundo, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

En estas condiciones, el parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

- 1)** Todos los derechos humanos que contemple la Constitución Federal (con fundamento en sus artículos 1 y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- 2)** Todos los derechos humanos que dispongan los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte;
- 3)** Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentados en las sentencias en las que el Estado Mexicano sea parte, y la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, aun cuando el Estado Mexicano no sea parte.

De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

- a)** Interpretación conforme en sentido amplio. Significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte,

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia;

- b)** Interpretación conforme en sentido estricto. Se traduce en que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Ley Suprema y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y,
- c)** Inaplicación de la norma que menos beneficie cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Con base en lo anterior, señala la parte actora que debe concedérsele la pensión por viudez, atento a lo establecido por el artículo 75, fracción I, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, porque de lo contrario se estarían tomando determinaciones discriminatorias, al establecer diferencias entre los requisitos necesarios a satisfacer entre un hombre y una mujer para poder tener acceso a la pensión por viudez.

Por su parte, la autoridad demandada, al contestar la demanda, sostiene la legalidad de la resolución impugnada, indicando las razones por las cuales a su juicio lo alegado por la parte actora resulta infundado e insuficiente para anularla.

Ahora bien, el artículo 75, fracción I, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, vigente hasta el 31 de marzo de 2007, (el cual el actor solicita le sea aplicado) contempla el goce de la ***pensión por viudez*** y dispone:

“Artículo 75. El orden para gozar de las pensiones a que se refiere este artículo será el siguiente:

I. La esposa supérstite sola si no hay hijos o en concurrencia con éstos si los hay y son menores de 18 años o que no lo sean pero estén incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para trabajar; o bien hasta 25 años previa comprobación de que están realizando estudios de nivel medio o superior de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan trabajo remunerado;

[...]"

Por su parte, en el propio artículo 75, fracción III, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, (la cual le fue otorgada a la actora), se contempla lo siguiente:

“III. El esposo supérstite solo, o en concurrencia con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones a que se refiere la fracción I, **siempre que aquél fuese mayor de 55 años, o esté incapacitado para trabajar y hubiere dependido económicamente de la esposa trabajadora o pensionada;**”

El precepto transcrito en primer término (artículo 75, fracción I, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado), se refiere a la pensión por causa de muerte y el orden para gozar de dicha pensión, a saber, la esposa supérstite sola si no hay hijos o en concurrencia con éstos si los hay y son menores de 18 años o que no lo sean pero estén incapacitados o imposibilitados parcial o totalmente para trabajar; o bien hasta 25 años previa comprobación de que están realizando estudios de nivel medio o superior de cualquier rama del conocimiento en planteles oficiales o reconocidos y que no tengan trabajo remunerado, en tanto que, el segundo de los preceptos reseñados (artículo 75, fracción III, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado), refiere que para poder gozar de la pensión por causa de muerte podrá concurrir, el esposo supérstite solo, o con los hijos o éstos solos cuando reúnan las condiciones a que se refiere la fracción I, siempre que aquél fuese mayor de 55 años, o esté incapacitado para trabajar y hubiere dependido económicamente de la esposa

SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

trabajadora o pensionada, esto es, nos encontramos ante dos hipótesis distintas que permiten acceder a una pensión por viudez.

Ahora bien, corre agregada en autos la resolución impugnada (fojas 26 a 29 de autos) de la que se advierte lo siguiente:

“Lo anterior en virtud de que las documentales que anexó a su solicitud, a la fecha del fallecimiento de la C. *** ***** ***** ***** el 27 de octubre de 2015, usted tenía la edad de 48 años.”

De lo anterior, se advierte que la autoridad negó conceder la pensión por viudez al C. ***** ***** ***** , toda vez que no contaba con la edad de 55 años, al momento del fallecimiento de su finada esposa, de conformidad con el artículo 75, fracción III, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Igualmente, obra en autos el acta de matrimonio ***** del Libro * , correspondiente al año **** , oficina No. * del Municipio de ***** ***** , (foja 45 de autos), de cuyo contenido se desprende que los CC. ***** ***** ***** y *** ***** ***** ***** , contrajeron matrimonio el 9 de diciembre de 1974.

De lo antes narrado, se colige que la actora solicitó a la autoridad demandada la pensión por viudez a causa del fallecimiento de su esposa la C. *** ***** ***** ***** , ocurrió el 27 de octubre de 1997, lo que suyo, actualiza la hipótesis prevista en el artículo 75, fracción I, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado - trasunto en párrafos precedentes- y consecuentemente, tiene derecho a acceder a una pensión por viudez, a partir del día siguiente a la muerte de la C. *** ***** ***** ***** .

En efecto, no obstante que la autoridad demandada determinó negar la concesión de la pensión por viudez, tomando en consideración que el trabajador –aquí actor- no contaba con la edad de 55 años al momento del

fallecimiento de su esposa la trabajadora C. ***** ***** ***** *******, de conformidad con el artículo 75, fracción III, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, lo cierto es que dicha norma no otorga la protección más amplia al trabajador –aquí actor–, pues la misma contempla como requisito para el esposo supérstite contar con la edad de 55 años para poder gozar de la pensión por viudez.

En tanto que, el mismo precepto en su fracción I, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, otorga una protección más amplia y benéfica para el actor al otorgar el goce de la pensión por viudez, sin tener que cumplir con el requisito relativo a contar con 55 años de edad para poder acceder al goce de dicha pensión.

Sin que resulte óbice el argumento vertido por la autoridad demandada en el que señala que resulta incongruente y carente de cualquier sustento jurídico que se pretenda se realice el pago retroactivo de la pensión por viudez, a partir del 28 de octubre de 1997 a la fecha, ya que la misma fue cubierta en su totalidad a través de la pensión por orfandad número *********, otorgada del 28 de octubre de 1997 al 1 de enero de 2010, a favor de los CC. ****** ***** ******* y ******* ***** *******, en su carácter de hijos del promovente y la trabajadora fallecida, toda vez que la pensión de orfandad y la pensión de viudez, son de naturaleza distinta, al tener como beneficiarios a personas distintas, ya que en el caso de orfandad los hijos son los que pueden acceder a la pensión y en el caso de viudez, es el esposo supérstite quien accede al goce de la pensión, asimismo, la ley establece que podrán concurrir al goce de la pensión por causa de muerte el esposo supérstite con los hijos, o en su caso, éstos solos cuando se reúnan los requisitos marcados por la ley, por lo que estamos en presencia de pensiones distintas entre sí.

En las relatadas condiciones y en estricta observancia al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte que dispone: “[...] *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad [...]*”, esta Juzgadora considera imperativo ejercer el control de convencionalidad y en consecuencia, desaplicar en beneficio del actor el artículo 75, fracción III,



SEGUNDA SALA REGIONAL DE OCCIDENTE

EXPEDIENTE: 7576/15-07-02-3

ACTOR: *** ***** *******

de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, pues al quedar evidenciado que la esposa del actor la trabajadora ***** ***** *******, falleció el 27 de octubre de 1997, es innegable que cumplía con el requisito a que alude la hipótesis prevista en el artículo 75, fracción I, de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y consecuentemente, ello le permite acceder a una pensión por viudez, al ser ésta última norma más benéfica para el actor.

Por lo expuesto, con fundamento en los artículos 51, fracción IV y 52, fracciones II y V, inciso a), de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, lo procedente es anular la resolución impugnada contenida en el oficio ISS.018.300.302/409/2015 de 22 de junio de 2015, emitida por el Subdelegado de Prestaciones de la Delegación Estatal Nayarit del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, a través del cual se negó el otorgamiento de pensión por viudez; reconociéndose en favor del actor el derecho subjetivo de percibir una pensión por viudez, comenzando su percepción a partir del día siguiente a aquél en que falleció su esposa la trabajadora ***** ***** *******, a saber, el 28 de octubre de 1997.

Asimismo, se condena a la autoridad a conceder la pensión por viudez solicitada por el actor, a partir del día siguiente al fallecimiento de la trabajadora ***** ***** *******, esto es, el 28 de octubre de 1997.

En mérito de lo expuesto y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 49, 50, 51, fracción IV y 52, fracciones II y V, inciso a), de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, se resuelve:

I.- La parte actora probó su acción, en consecuencia;

II.- Se declara la nulidad de la resolución impugnada, descrita en el resultando primero del presente fallo.

III.- Se reconoce el derecho subjetivo del actor a percibir la pensión por viudez.

IV.- Se condena a la autoridad demandada a conceder la pensión por viudez al actor; así como al pago de todas las cantidades que por ese concepto debió percibir a partir del 28 de octubre de 1997.

V.- NOTIFÍQUESE.

Así lo resolvieron por unanimidad y firman los Magistrados que integran esta Segunda Sala Regional de Occidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, ante la Licenciada CLAUDIA ANGÉLICA CISNEROS RAZO, Secretaria de Acuerdos que da fe.

CACR*