



BOLETÍN 009/2011

26 de septiembre de 2011

**ASPECTOS A CONSIDERAR PARA RECUPERAR EL SALDO
DE LA SUBCUENTA DE VIVIENDA CUANDO
UN TRABAJADOR DECIDA PENSIONARSE**

Mediante sesión de fecha 3 de marzo de 2006, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) por reiteración de criterios, estableció la jurisprudencia 2a./J.32/2006 que declara la inconstitucionalidad del artículo 8° transitorio del Decreto por el que se reforma la Ley del INFONAVIT, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06 de enero de 1997, en los siguientes términos:

Novena Época

Registro: 175575

Instancia: Segunda Sala

Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

XXIII, Marzo de 2006

Materia(s): Constitucional, Administrativa

Tesis: 2a./J. 32/2006

Página: 252

INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El citado artículo transitorio dispone las aportaciones al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores para un fin diverso para el cual fueron instituidas, en cuanto prevé que los trabajadores que se benefician bajo el régimen de la Ley del Seguro Social vigente hasta el 30 de junio de 1997, además de disfrutar de la pensión que en los términos de esta Ley les corresponda, deberán recibir en una sola exhibición los fondos acumulados en la subcuenta de vivienda correspondientes hasta el tercer bimestre de 1997 y los rendimientos que se hubieran generado, en tanto que las subsecuentes aportaciones se abonarán para cubrir las pensiones de los trabajadores; lo anterior transgrede el artículo 123, apartado A, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que el derecho de los trabajadores a obtener créditos accesibles y baratos para la adquisición de vivienda, constituye una garantía social, al igual que la del seguro de invalidez o vejez, ambas tienen constitucionalmente finalidades totalmente diferentes y sus respectivas aportaciones patronales no deben confundirse entre sí ni debe dárseles el

mismo destino, salvo que haya consentimiento expreso del propio trabajador para que los fondos de la subcuenta de vivienda se destinen al pago de su pensión.

Amparo directo en revisión 1302/2003. Benjamín Manzo Velázquez. 2 de abril de 2004. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretario: Gustavo Eduardo López Espinoza.

Amparo en revisión 1027/2005. Gumecindo Hidalgo. 23 de septiembre de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza.

Amparo en revisión 2233/2005. Salvador Rodríguez Huerta. 3 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.

Amparo en revisión 134/2006. Javier Ibarra Fernando. 24 de febrero de 2006. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Estela Jasso Figueroa.

Amparo en revisión 167/2006. Jesús Flores y Merino. 3 de marzo de 2006. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Marcela Ramírez Cerrillo.

Tesis de jurisprudencia 32/2006. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de marzo de dos mil seis.

Dicha jurisprudencia arroja la **posibilidad de que los trabajadores que obtengan una pensión conforme al sistema de pensiones de la Ley del Seguro Social de 1973, recuperen las cantidades ahorradas en la subcuenta de vivienda a la fecha en que se obtenga dicha pensión.** Por ello, han ido en aumento los procedimientos iniciados por los trabajadores para recuperar su ahorro en el rubro de vivienda y como consecuencia de ello, nuestro Alto Tribunal, ha emitido nuevos criterios que resulta indispensable tener en consideración para interponer adecuadamente los medios de defensa y evitar que por cuestiones técnico-jurídicas se pierdan las cantidades ahorradas en la subcuenta de vivienda.

ASPECTOS A CONSIDERAR PARA EMPRENDER LA ACCIÓN LEGAL ENCAMINADA A RECUPERAR EL AHORRO EN LA SUBCUENTA DE VIVIENDA

1. Medio de defensa

El medio de defensa procedente es el **Juicio de Amparo Indirecto.**



2. Acto reclamado

El amparo debe interponerse en contra el primer acto en que se aplique la disposición que se tacha de inconstitucional (Artículo Octavo transitorio del Decreto por el que se reforma la Ley del INFONAVIT, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06 de enero de 1997).

3. Tiempo para la interposición de la demanda:

Al ser el artículo Octavo Transitorio de referencia, una norma heteroaplicativa, el término para la interposición del juicio de amparo es de 15 días después de que cause afectación el acto que se tacha de inconstitucional, lo que tiene lugar primigeniamente cuando el trabajador elige el sistema pensionario, por lo que el juicio debe interponerse dentro de los 15 días siguientes en que se haya elegido el sistema pensionario.

Ahora bien, al tratarse de una norma declarada inconstitucional, es procedente el amparo en contra de un segundo acto de aplicación. En este caso los 15 días se computan a partir del día siguiente en que surte efectos la notificación de ese segundo acto de aplicación.

También procederá contra ulteriores actos de aplicación como se verá casi al final del presente estudio.

4. Interés jurídico

Para la procedencia del juicio de amparo, es indispensable demostrar el interés jurídico, que significa que el precepto que tachamos de inconstitucional, realmente afecte la esfera jurídica del gobernado. Esto tiene lugar en el momento en que el trabajador eligió el sistema pensionario vigente hasta junio de 2007, o bien el acto de autoridad en que se haya aplicado al trabajador el acto reclamado por segunda o ulterior ocasión. Lo anterior encuentra apoyo en la siguiente JURISPRUDENCIA:

Registro No. 161835

Localización:

Novena Época

Instancia: Segunda Sala

*Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
XXXIII, Junio de 2011*

Página: 295

Tesis: 2a./J. 82/2011

Jurisprudencia

Materia(s): Común



INFONAVIT. LA ELECCIÓN VOLUNTARIA DEL RÉGIMEN PENSIONARIO ESTABLECIDO EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, NO PRODUCE EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO DE REFORMA A LA LEY DE AQUEL INSTITUTO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997.

Conforme a la jurisprudencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el artículo octavo transitorio citado tiene las siguientes características: a) Transgrede el artículo 123, apartado A, fracción XII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que los trabajadores tienen derecho a obtener créditos accesibles y baratos para la adquisición de vivienda, así como un seguro de invalidez o vejez, dicha norma confunde entre sí las aportaciones relativas para ambos fines y les da el mismo destino; b) Tiene una naturaleza heteroaplicativa, toda vez que para su impugnación requiere de un acto concreto de aplicación, el cual tiene como presupuesto la propia voluntad del trabajador cuando elige el régimen pensionario que mejor le convenga; y, c) El desconocimiento por parte del juzgador de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el trabajador eligió el régimen pensionario, no es obstáculo para decretar la improcedencia del juicio de amparo contra el artículo octavo transitorio, cuando está demostrado que se le pensionó en términos de dicha disposición, ya que el otorgamiento de la pensión presupone, salvo prueba en contrario, que previo a la emisión de la resolución respectiva el trabajador formuló la solicitud correspondiente y ejerció su derecho de opción, momento este último, en el cual se verifica la primera afectación a su esfera jurídica por virtud de dicho precepto, perjuicio económico que se actualiza hasta que se autoriza la pensión correspondiente. Ahora bien, de lo expuesto se sigue que no opera el consentimiento expreso respecto del repetido artículo octavo transitorio, cuando voluntariamente el trabajador haga la elección del correspondiente régimen pensionario, ya que esta Segunda Sala ha estimado que dicho artículo tiene una naturaleza heteroaplicativa, y que **el acto que ocasiona un perjuicio jurídico lo constituye la elección del régimen pensionario al cual el asegurado quiere pertenecer, lo cual implica, por un lado, que el plazo para controvertir este primer acto de aplicación de la norma transitoria comienza a partir de la fecha en que se realizó dicha elección** y, por otro, que el ejercicio de la opción no conlleva el consentimiento expreso de tal disposición, pues al tratarse de una norma heteroaplicativa la única manera de impugnarla es actualizando su contenido, siendo ilógico que se le exigiera al quejoso ejercer la opción para posteriormente declarar que con el cumplimiento de ese requisito se sometió inexorablemente a la norma, ya que con ello se colocaría al interesado en un absoluto estado de indefensión porque, si opta o no opta la aplicación del citado artículo octavo transitorio, en cualquier caso su demanda resultaría improcedente, lo cual es inaceptable. Por último, conviene aclarar que **si el quejoso, dentro de los 15 días siguientes a**



la fecha en la que haga la elección del régimen pensionario, no promueve su demanda de amparo contra el acto de aplicación del artículo octavo transitorio mencionado, el consentimiento de la norma tampoco le impide reclamar el ulterior acto de aplicación de dicho precepto contenido en la resolución que le otorgue la pensión, ya que al constituir esta última un acto fundado en una ley declarada inconstitucional por jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, el afectado conserva su derecho para obtener la protección de la Justicia Federal exclusivamente contra la resolución que materializó el contenido de dicha disposición contraria a la Norma Fundamental, en términos de la jurisprudencia del Pleno de este Alto Tribunal P./J. 105/2007, de rubro: "SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. CONDICIONES PARA QUE OPERE RESPECTO DE ACTOS CONCRETOS DE APLICACIÓN DE LEYES DECLARADAS INCONSTITUCIONALES POR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (AMPARO INDIRECTO Y DIRECTO)."

5. Agravios

Los agravios son los argumentos que debe contener el escrito de demanda en contra del acto reclamado, y deberán estar encaminados a demostrar la inconstitucionalidad del artículo Octavo transitorio en cuestión y que están dados por la jurisprudencia 2a./J.32/2006 antes citada.

6. Efectos y cumplimiento de la sentencia

En caso de que el quejoso (solicitante del amparo) obtenga una sentencia favorable definitiva, el efecto del amparo será que las cantidades ahorradas en la subcuenta de vivienda le sean entregadas en una sola exhibición y en el improrrogable plazo de 10 días. Lo anterior también ha sido establecido de manera clara por la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA 2a./J. 93/2011

INSTITUTO DEL FONDO NACIONAL DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES. EFECTOS DE LA CONCESIÓN DEL AMPARO CONTRA ACTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997.

Esta Segunda Sala declaró inconstitucional el indicado artículo transitorio conforme a la jurisprudencia 2a./J. 32/2006, de rubro: "INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII,



DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”, por lo que a fin de garantizar el principio de supremacía constitucional que busca evitar la aplicación de leyes contrarias a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la subsistencia de actos apoyados en preceptos declarados inconstitucionales por la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe declararse la ilegalidad del acto fundado en tal norma legal y, **concederse el amparo para el efecto de que el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores entregue las aportaciones patronales acumuladas en la subcuenta de vivienda con posterioridad al 30 de junio de 1997, en una sola exhibición y en el improrrogable plazo de 10 días hábiles**, el cual se estima prudente para cumplir la sentencia de amparo, con fundamento en el punto quinto, fracción I, del Acuerdo General 12/2009 de 23 de noviembre de 2009, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estimando además, que por la fuerza obligatoria de estos fallos, la Tesorería de la Federación, que tiene a su cargo la custodia y concentración de fondos de la propiedad o al cuidado del Gobierno Federal, en términos de los artículos 15 y 30 de la Ley del Servicio de Tesorería de la Federación, está obligada a entregar al INFONAVIT las cantidades que le fueron previamente transferidas conforme al mencionado artículo octavo transitorio, y para lo cual cuenta con igual plazo de 10 días, lo que se considera tomando en cuenta los trámites administrativos que requiera efectuar.

Amparo en revisión 928/2010.- Rodolfo Cárdenas Abundis.- 11 de mayo de 2011.- Cinco votos; José Fernando Franco González Salas votó con salvedades.- Ponente: Sergio A. Valls Hernández.- Secretarias: María Marcela Ramírez Cerrillo, Amalia Tecona Silva y Sofía Verónica Ávalos Díaz.

Amparo en revisión 930/2010.- Alberto Peralta Piña.- 11 de mayo de 2011.- Cinco votos; José Fernando Franco González Salas votó con salvedades.- Ponente: Luis María Aguilar Morales.- Secretarias: María Marcela Ramírez Cerrillo, Amalia Tecona Silva y Sofía Verónica Ávalos Díaz.

Amparo en revisión 323/2011.- Ricardo Mendoza Velázquez.- 11 de mayo de 2011.- Cinco votos; José Fernando Franco González Salas votó con salvedades.- Ponente: Sergio A. Valls Hernández.- Secretarias: María Marcela Ramírez Cerrillo, Amalia Tecona Silva y Sofía Verónica Ávalos Díaz.

Amparo en revisión 324/2011.- Tomás Ramírez.- 11 de mayo de 2011.- Cinco votos; José Fernando Franco González Salas votó con salvedades.- Ponente: José Fernando Franco González Salas.- Secretarias: María Marcela Ramírez Cerrillo, Amalia Tecona Silva y Sofía Verónica Ávalos Díaz.

Amparo en revisión 325/2011.- Teresa Lozano Ayala.- 11 de mayo de 2011.- Cinco votos; José Fernando Franco González Salas votó con salvedades.- Ponente: Luis María Aguilar Morales.- Secretarias: María Marcela Ramírez Cerrillo, Amalia Tecona Silva y Sofía Verónica Ávalos Díaz.



Ahora bien, es importante determinar dónde se encuentran materialmente los recursos a efecto de determinar quién es obligado al cumplimiento de la sentencia de amparo.

Actualmente, son las instituciones de crédito (bancos) quienes fungen como Administradoras de Fondos para el Retiro (Afore). En ese sentido están encargadas de que las cantidades que integran la cuenta individual del trabajador generen rendimientos que se traduzcan en beneficio directo de aquél. Dicha cuenta individual, incluye entre otras, la subcuenta de vivienda. Este hecho, de acuerdo con criterios de la SCJN, no significa que la Institución que funja como Afore, sea la que tenga materialmente las cantidades que aparecen en la subcuenta de vivienda, ya que sigue siendo el INFONAVIT el administrador de dichos recursos, por lo que para que la Afore se encuentre en posibilidad de entregar al trabajador el ahorro de la subcuenta de vivienda, es indispensable que previamente el INFONAVIT realice la transferencia respectiva.

En ese orden de ideas, no debe existir dilación alguna en el cumplimiento de la sentencia, ya que se entiende que las cantidades que aparecen en la subcuenta de vivienda objeto de entrega, deben existir materialmente, en tanto que el trabajador no ha dispuesto de ellas, y toda vez que es éste el verdadero y último propietario de dichas cantidades, no existe razón legal para que haya un retraso en el cumplimiento de la sentencia.

Sin embargo, existe un segundo panorama menos favorable y que por supuesto se desearía que no tuviera lugar: que el INFONAVIT se llegara a retrasar injustificadamente en la transferencia de los recursos a la cuenta de Afore del trabajador favorecido por la sentencia de amparo. Esta posibilidad podría tener lugar porque las cantidades ahorradas en la subcuenta de mérito, sólo existieran virtualmente, lo que evidenciaría una administración fraudulenta de dichos recursos y una situación grave para los trabajadores, pues teniendo derecho a recuperar su ahorro de vivienda, resultaría imposible contar con esos recursos en la forma y términos dispuestos por nuestro Máximo Tribunal.

7. ¿Qué pasa si el interesado ya está pensionado y no promovió juicio de amparo?

Al haberse declarado la inconstitucionalidad del artículo Octavo transitorio en comento, resulta ilegal y violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica, que existan actos apoyados en un precepto declarado inconstitucional, como lo sería la negativa del INFONAVIT de devolver las cantidades ahorradas por el trabajador en la subcuenta de vivienda, por lo que es reclamable en amparo la aplicación del referido precepto aún cuando se trate de un segundo o ulterior acto de aplicación, por lo que aquéllos que actualmente cuenten con una pensión podrán reclamar vía juicio de amparo la devolución del saldo que tengan en la subcuenta de vivienda.

Lo anterior, no prejuzga sobre el resultado final del amparo en estos casos ya que siendo procedente el juicio en primer momento, en no pocas ocasiones, los órganos de administración de justicia competentes, invocan de oficio, causales de improcedencia o sobreseimiento diversas, que



aunque a nuestro juicio, resultan meras trampas procesales, pueden cerrar la posibilidad de que el trabajador recupere, al pensionarse, su ahorro en la subcuenta de vivienda.

**Atentamente,
TJ Abogados**



Torres Adalid 707-603 | Col. Del Valle | México D.F. 03100 | Tel. 1107.62.93

www.tjabogados.com.mx

Cualquier comentario o información adicional relacionada con el presente, estamos a sus órdenes para analizar de manera detallada los efectos que pudieran derivar de la información aquí contenida en su caso particular, para lo cual le pedimos envíe un correo electrónico a taniajgc@tjabogados.com.mx, donde atenderemos sus comentarios y resolveremos sus dudas.

La información contenida en el presente boletín es de carácter general y no constituye una asesoría sobre casos particulares, ni es de aplicación obligatoria para entidad o autoridad alguna. Las autoridades o un tercero podrían expresar una opinión distinta o incluso contraria a la aquí asentada. Los datos contenidos en el presente documento no generan obligación ni responsabilidad alguna para TJ Abogados o sus integrantes.

