



DIÁLOGOS JURÍDICOS ESPAÑA-MÉXICO

Volumen IV

CRISTINA PAUNER CHULVI (ED.)



UNIVERSITAT
JAUME I

Col·lecció «Estudis jurídics»
Núm. 19

Col·lecció «Estudis jurídics»
Núm. 19

**DIÁLOGOS JURÍDICOS
ESPAÑA-MÉXICO
VOLUMEN 4**

**CRISTINA PAUNER CHULVI
(ED.)**



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

BIBLIOTECA DE LA UNIVERSITAT JAUME I. Dades catalogàfiques

Diàlogos jurídicos España-México : Volumen 4 / Cristina Pauner Chulvi (ed.)
— Castelló de la Plana : Publicacions de la Universitat Jaume I, D.L. 2012
p.; cm. — (Estudis jurídics; 19)
Bibliografia.
ISBN 978-84-8021-949-5
1. Dret -- Espanya. 2. Dret -- Mèxic. I. Pauner Chulvi, Cristina, ed.. II. Universitat
Jaume I. Publicacions. III. Sèrie
34(460)
34(72)

LA
LAM
1KLCM
1DSE

Qualsevol forma de reproducció, distribució, comunicació pública o transformació d'aquesta obra només pot ser realitzada amb l'autorització dels seus titulars, llevat d'excepció prevista per la llei. Dirigiu-vos a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necessiteu fotocopiar o escanejar fragments d'aquesta obra.

© Del text: els autors i les autores, 2012

© De la present edició: Publicacions de la Universitat Jaume I, 2012

Edita: Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions
Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 12071 Castelló de la Plana
Fax: 964 72 88 32
<http://www.tenda.uji.es> e-mail: publicacions@uji.es

ISBN: 978-84-8021-949-5

DOI: <http://dx.doi.org/10.6035/EstudisJuridics.2012.19>



AUTORES

Federico Arnau Moya

Araceli del Carmen Beristain Apreza

Martha E. Izquierdo Muciño

Antonio Fayos Gardó

Martín Fragoso Miranda

Luis Ángel Sánchez Albarrán

María José Senent Vidal

Arántzazu Vicente Palacio

ÍNDICE

Presentación	13
Nota aclaratoria	18
El Derecho de familia en España: 1981-2011, 30 años de cambio ANTONIO FAYOS GARDÓ	19
El matrimonio en el Estado de México LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ ALBARRÁN	51
Las cooperativas en España MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL	67
Cooperativismo en México MARTHA E. IZQUIERDO MUCIÑO	99
Panorámica general del sistema español de protección social: especial referencia al sistema de Seguridad Social ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO	135
Génesis, desarrollo y nuevas perspectivas de la Seguridad Social en México ARACELI DEL CARMEN BERISTAIN APREZA	181

La temporalidad de la prestación compensatoria por separación y divorcio: una evolución jurisprudencial y legislativa FEDERICO ARNAU MOYA	239
Derecho de familia, el matrimonio, el divorcio y las consecuencias dentro de este derecho familiar respecto a la pensión alimenticia MARTÍN FRAGOSO MIRANDA	269

PRESENTACIÓN

Me complace especialmente que una de mis primeras tareas vinculadas al cargo de decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universitat Jaume I sea la presentación de un nuevo volumen de DIÁLOGOS JURÍDICOS ESPAÑA-MÉXICO. Y ello por dos motivos en particular. En primer lugar, porque significa la consolidación de un proyecto de colaboración interuniversitaria que se inició hace cuatro años con la aparición del primer ejemplar de esta colección. Aquella publicación era solo uno de los frutos nacidos del convenio académico firmado entre la Universidad Nacional del Estado de México (Toluca) y la Universitat Jaume I de Castellón y que ya nos había aportado otros beneficios como el intercambio de estudiantes y la colaboración académica de profesorado de las dos universidades. El paso del tiempo ha servido para que aquel plan haya adquirido firmeza y continuidad y se confirme como una realidad positiva y valiosa para ambas instituciones.

En segundo lugar, resulta muy gratificante que esta tarea de difusión de la investigación académica se realice con colegas docentes e investigadores de aquel país y, muy especialmente, implique trabajar con la doctora Martha Izquierdo Muciño, coordinadora de la edición mexicana. Que DIÁLOGOS JURÍDICOS sea hoy día un proyecto vivo y fructífero se debe, sin duda, al impulso continuo y perseverante de Martha Izquierdo. No es tarea fácil la de coordinar una publicación de este tipo, sobre todo si se la quiere dotar de una periodicidad regular y cierta relevancia. Tampoco resulta sencilla la tarea de edición y me constan los esfuerzos

y el tiempo que Martha ha dedicado a todo ello. En mi primera visita a México he tenido la suerte de disfrutar de su extrema amabilidad, así como de sus excelentes dotes como anfitriona, por lo que deseo aprovechar estas líneas para mostrar mi agradecimiento personal así como el reconocimiento de este decanato por el trato cordial y respetuoso con el que siempre nos corresponde. El compromiso y el trabajo de los anteriores decanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas de la UJI también ha resultado decisivo para la continuidad y fortalecimiento del proyecto: los profesores Germán Orón, Antonio Vico y Andrés Recalde invirtieron empeño e ilusión para lograrlo.

No es necesario destacar la importancia que la perspectiva comparada tiene en el ámbito jurídico, por lo que el análisis de problemáticas jurídicas de actualidad desde la óptica del derecho español y mexicano puede resultar una sugerente presentación de las diferencias y aportaciones de ambos ordenamientos. Siguiendo el habitual sistema de trabajo, la selección de temas ha sido acordada por los colaboradores del presente número, quienes, por pares, hacen las aportaciones desde su respectiva regulación nacional.

El análisis del Derecho de familia recibe una atención especial en el presente número con las contribuciones de los profesores Antonio Fayos Gardó y Luis Sánchez Albarrán en torno al Derecho de familia y algunas instituciones, como el divorcio, y derechos, como la protección de los menores, que lo conforman. Los profesores Federico Arnau Moya y Martín Frago Mirando se centran en el estudio de las consecuencias del divorcio dentro del derecho familiar con el examen de la pensión compensatoria y de la pensión alimenticia, respectivamente. La coyuntura económica actual y sus repercusiones en materia de seguridad social acentúan el interés en esta cuestión que es objeto de reflexión en los artículos de las profesoras Arántzazu Vicente Palacio y Araceli del Carmen Beristain Apreza. Por último, contamos con las aportaciones de las profesoras M^a José Senent Vidal y Martha Izquierdo Muciño, que abordan la legislación cooperativa española y mexicana.

Los objetivos de DIÁLOGOS JURÍDICOS se afianzan con este cuarto volumen desde el momento que sirven como un foro de participación y de puesta en común entre investigadores de ambos países y permiten estrechar unas relaciones de amistad ya consolidadas y muy cordiales.

CRISTINA PAUNER CHULVI
Decana de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Económicas
Universitat Jaume I

Nota aclaratoria:

En el volumen núm. 2 de DIÁLOGOS JURÍDICOS ESPAÑA-MÉXICO, el trabajo titulado «Estudio sobre la contratación temporal en España» aparece atribuido erróneamente a la profesora M^a Josefina Mateu Carruana.

EL DERECHO DE FAMILIA EN ESPAÑA: 1981-2011, 30 AÑOS DE CAMBIOS

ANTONIO FAYOS GARDÓ
Profesor asociado de Derecho Civil
Universitat Jaume I de Castellón

I. INTRODUCCIÓN

Realmente no se puede decir que el Derecho de familia no sufriera cambios en España con anterioridad al año 1981. No sería cierto afirmar que desde la entrada en vigor de nuestro Código Civil en 1889 el Derecho de familia no se reformó hasta después de la Constitución de 1978. En los años 1932, 1952, 1958, 1970 y principalmente en 1975 se produjeron diversas reformas de nuestro derecho, destacando especialmente la última, la llevada a cabo por la Ley de 2 de mayo de 1975, que pretendía implantar la igualdad jurídica de los cónyuges. Pero, a pesar de tales reformas, es tras la llegada de la Constitución cuando se produce la necesidad de llevar a cabo modificaciones relevantes en el Derecho de familia para adaptarse a la llamada «constitucionalización del derecho civil». Y es en 1981 cuando se llevan a cabo las principales reformas del Código, que han sido seguidas por otras, destacando posteriormente las producidas en el año 2005. Pero el Derecho de familia no se contiene solo en el Código Civil; también en las leyes civiles extra-Código y fuera del ámbito estatal, en las leyes autonómicas, encontramos muchos cambios en el Derecho de familia.

Vamos a empezar examinando las reformas de nuestro Derecho de familia en lo que se refiere a la institución del divorcio, en primer lugar con la introducción del mismo llevada a cabo en 1981, y en segundo, viendo los importantes cambios que se produjeron con la reforma de 2005.

II. EL DIVORCIO: LAS REFORMAS DE 1981 Y 2005

Las leyes 11/1981, de 13 de mayo, y 30/1981, de 7 de julio, llevaron a cabo sustanciales reformas del Código Civil en materia de patria potestad, filiación y relaciones conyugales, adaptando sus preceptos, entre otros, al principio de igualdad proclamado en los artículos 14 y 32 de la Constitución.

La primera de tales normas, la Ley 11/1981, modificó el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la segunda, la Ley 30/1981, modificó la regulación del matrimonio en el Código y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La sociedad española ha cambiado mucho desde la promulgación de tales normas y hoy en día resulta extraño sorprenderse por ejemplo de la atención que generó la reintroducción en nuestro derecho de la institución del divorcio. Reintroducción, decimos, porque se trataba de una institución que ya había existido en España, si bien durante un lapso breve de tiempo, al ser introducida por la normativa de la República en 1932. Decimos que la reintroducción del divorcio generó atención y también, sin duda, mucha polémica y críticas negativas. En este sentido algún civilista opinaba, por ejemplo –en una de las obras cumbres sobre nuestro Código Civil– que la regulación del divorcio aparecía inspirada en el principio de favorecerlo al máximo, eliminando cuantos obstáculos de derecho sustantivo o procesal pudieran interponerse en el camino que conduce a la disolución del vínculo y en este sentido mantenía que una legislación favorecedora del divorcio como la que se produjo no era compatible con el principio constitucional de protección jurídica de la familia.¹

Es cierto, como mantenía tal autor, que la reforma del 81 supuso un cambio profundísimo, un giro copernicano, en los fundamentos del Derecho español de familia, de mucha mayor entidad y trascendencia, en

1. GARCÍA CANTERO, GABRIEL, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart, Edersa, tomo II, artículos 42 a 107.

su conjunto, que las reformas llevadas a cabo durante el periodo de la Segunda República.

La importancia de los cambios explica que algunos juristas pudieran pensar en el sentido que manifiesta el profesor García Cantero en la obra citada:

El jurista atento tiene, no obstante, el derecho de preguntarse no sólo por el quid y el quantum del cambio legislativo, sino también por el sentido y el fin último que el legislador persigue con tan espectacular modificación operada en una parte del Ius Civile tan vitalmente ligada a las convicciones más íntimas del hombre, a las últimas concepciones que se profesan sobre el hombre y la sociedad. Porque voces imparciales, nada sospechosas de prejuicios dogmáticos, están comenzando a interrogarse sobre el rumbo emprendido por las últimas reformas del Derecho de familia, y sobre si hay alguna ruta programada con objetivos claramente delimitados, pues sería preocupante comprobar que los cambios legislativos se han llevado a cabo sin calcular previamente su impacto en la sociedad, de suerte que la real situación post-cambio fuera peor que la precedente, y enormemente decepcionante contestar que únicamente se hubiera seguido, por ejemplo, una política del «cambio por el cambio».

Y el profesor García Cantero augura de alguna manera el fracaso de la institución del divorcio, ya que,

como no podía ser menos, el fraude de las estadísticas se ha dado también entre nosotros, de modo que, según datos proporcionados por el Ministerio de Justicia, durante los seis primeros meses de vigencia de la Ley de 7 de julio de 1981, el número de solicitudes de divorcio presentadas ante los Juzgados españoles no excedía de 10.000; pero se auguraba en declaraciones oficiales que había entre 900.000 y un millón de españoles dispuestos a divorciarse. En mi opinión, más que tratar de buscar explicaciones a posteriori de las causas que han podido originar ese abismal desfase entre la realidad social y las previsiones legislativas, procede revisar a fondo los criterios hasta ahora más utilizados para justificar las reformas familiares.

Hoy en día no es ya que no se cuestione la existencia de la institución del divorcio, es que la disolución del matrimonio por divorcio hace ya mucho tiempo que dejó de ser entre nosotros una institución polémica.² Es cierto que en 1981 el cambio fue realmente importante y que nadie podía imaginarse que las tasas de divorcio no iban a hacer sino crecer hasta llegar a un pico de 126.952 divorcios en 2006³ y que solo factores externos a la estricta realidad matrimonial, como son los derivados de la crisis económica, conseguirán bajar ese número a 98.359 en el año 2009, una tasa de disolución del matrimonio de 2,27/ 1.000 habitantes.

En cualquier caso la introducción del divorcio no se produjo de una manera abrupta. La reforma establecía un procedimiento bastante razonable y escalonado, con una serie de pasos. El divorcio no era algo automático, ni siquiera fácil de obtener: normalmente se requería separación previa, separación tras un año de contraído el matrimonio, y salvo acuerdo de los cónyuges, se requería que el otro cónyuge estuviera incurso en la correspondiente causa (infidelidad conyugal, conducta vejatoria...). Se entiende perfectamente la cautela de legislador de la época, dado que se estaba legislando sobre una institución no solo sin prácticamente antecedentes jurídicos en España, sino que además en ciertos sectores sociales provocaba una cierta controversia.

Pero, como hemos dicho antes, el transcurso del tiempo convirtió la institución del divorcio en una institución más, aceptada mayoritariamente por la sociedad y cuya existencia nadie prácticamente cuestiona. La sociedad estaba madura, pues, para la llegada de la segunda tanda de reformas, la que se produjo con la Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modificaban el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Aquí ya no se trataba de introducir una nueva realidad jurídica en el ámbito matrimonial, sino de aumentar los derechos y posibilidades de los cónyuges en relación con el divorcio. O lo que es lo mismo, ampliar su ámbito de libertad. ¿Cómo? Suprimiendo la necesidad de alegar causa alguna para separarse o divorciarse, permitiendo que la demanda pue-

2. CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005 de 8 de julio», en *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, p. 163.

3. <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do>.

da ejercitarse por uno solo de los cónyuges sin el consentimiento del otro (aun sin causa), dejando el paso previo de la separación conyugal como algo voluntario y no como un requisito necesario para poderse divorciar, y acortando los plazos necesarios para divorciarse a un breve lapso de tres meses desde que se contrajo matrimonio, e incluso eliminando la necesidad de plazo alguno si se da la existencia de malos tratos.

Las reformas también eran de calado y modificaban sustancialmente la regulación anterior. Por ello también se oyeron voces críticas con la nueva ley. Se acuñó en este sentido algún término nuevo para criticar la reforma, como el de «divorcio-exprés».⁴ Se aludía así a la facilidad para divorciarse tanto por la inexistencia de obstáculos (causas, separación previa), como por los breves plazos exigidos. En cualquier caso la reforma ha sido ampliamente aceptada por la sociedad, no solo por el número de divorcios del que nos hablan las estadísticas, sino por la práctica desaparición de la institución de la separación. Cuando esta deje de ser un paso previo para el divorcio, dejará de utilizarse.

Así, la eliminación de la separación como requisito previo para conseguir el divorcio hará caer el uso de la institución desde la aprobación de la ley, en el 2005. Si en 2004 se produjeron en toda España 81.618 separaciones, las mismas cayeron en 2005 a 64.028, y en 2006, primer año tras la reforma, el número cae drásticamente: solo se produjeron 18.793. La tendencia a la bajada continúa en los años posteriores: en el 2007, 11.583, en el 2008, 8.761 y en el 2009, tan solo 7.680.

Y correlativamente se acude más al divorcio: 50.974 en 2004, 72.848 en 2005, 126.952 en 2006, 125.777 en 2007, 110.036 en 2008 y en 2009, 98.359. Los divorcios suponen en 2009 el 92,6% de las disoluciones matrimoniales, las separaciones el 7,2% y las nulidades el 0,2% restante.

4. Hay autores muy críticos con la reforma del divorcio de 2005, y el popularmente llamado «divorcio-exprés». Así, Luis Martínez Vázquez de Castro opina que aunque el hombre y la mujer quieren casarse para toda la vida, el Código no protege este propósito; que es más fácil «descasarse» que finalizar un arrendamiento urbano o que la parte más débil de la relación conyugal queda totalmente desprotegida en un divorcio, con la posibilidad incluso de una especie de repudio legal (*El Concepto de matrimonio en el Código Civil*, pp. 34-35).

El que la sociedad española aceptara mayoritariamente la reforma y utilizase más el divorcio que la separación cuando se le dio la oportunidad legal para hacerlo, era algo por otra parte que se podía vislumbrar cuando se aprobó la ley en las Cortes: el curso del debate en la Comisión de Justicia del Congreso pondría de manifiesto la concordancia básica de todos los grupos de la Cámara con el proyecto del Gobierno y su idea de ampliar la libertad de los cónyuges.⁵

La Ley 15/2005 no se limita a reformar la separación y el divorcio aunque esta era su finalidad fundamental, sino que aprovecha para reformar algún precepto como el art. 68 del Código, de manera que se introduce un nuevo inciso que nos dice que los cónyuges «deberán compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes de su cargo». La reforma del 81 ya había introducido en el Código (art. 66) las exigencias de igualdad entre los cónyuges derivadas de lo previsto en el art. 32 de la Constitución. En el 2005 se pretende ir más allá y potenciar la política de igualdad en materia de responsabilidades familiares y domésticas entre cónyuges. Aunque nadie niega que la igualdad supone también efectivamente la corresponsabilidad doméstica y de cuidado de parientes, la doctrina critica que se trata de una norma de pedagogía social mal ubicada, porque el Código no es el lugar para establecer que el hombre se involucre más en las tareas domésticas⁶ o que es un precepto difícil de integrar en el sistema, pues utiliza frases muy generales.⁷ A las críticas habría que añadir la falta de consecuencias que supone la infracción de la norma (excepto como causa de desheredación), salvo que los tribunales empiecen a aplicar la responsabilidad por daños del art. 1902 en el ámbito doméstico.

En cualquier caso la inclusión del precepto supone la incorporación a nuestro derecho de las políticas llevadas a cabo, no solo a nivel estatal y autonómico, sino también a nivel internacional, de potenciación de la

5. Sobre los debates parlamentarios puede verse CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, *op. cit.*, p. 167.

6. ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA, en los *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, p. 153.

7. Díez-PICASO, LUIS y ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, p. 93.

igualdad en todos los aspectos de la vida, y en este sentido el Código Civil no iba a ser una norma *aislada* a estos efectos.

La citada Ley 15/2005 aprovecha también para reformar el art. 92 del Código, respecto a la custodia compartida en casos de nulidad, separación o divorcio. Puede pactarse por los padres que la guarda y custodia de los hijos sea conjunta, pero incluso sin ese acuerdo, el juez, previo informe favorable del fiscal, puede acordarla, si estima que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor (arts. 92.5 y 92.8). En cualquier caso no procede tal guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra el otro, contra los hijos o cuando el juez estime que hay indicios fundados de violencia doméstica (art. 92.7).

La legislación estatal no es la única en España que contempla el tema de la custodia compartida. A nivel autonómico nos encontramos con diversas normas al respecto que señalan que la regla general será la aplicación de esa custodia con ambos progenitores. Así, la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Cortes de Aragón, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, o la reciente Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Comunidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven juntos.

Se trata este de una cuestión controvertida y contestada por determinados sectores sociales y que generó mucha polémica, cada vez más superada.

De acuerdo con los datos del INE, en 2008 la custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 86,0% de las rupturas matrimoniales, al padre en el 4,0%, compartida por ambos cónyuges en el 9,7%, y a otros (familiares, instituciones) en el 0,3 %. Los casos de custodia compartida son todavía escasos, aunque hay una tendencia creciente a su concesión, así como una conciencia social que apoya que el padre se implique más en la crianza de los hijos (véase *El País*, 4 de agosto de 2009).

Como nos dice De Torres Perea,⁸ que realiza un amplio estudio de la institución:

8. *Interés del menor y Derecho de familia, Una perspectiva multidisciplinar*, p. 257.

el ejercicio de la patria potestad compartida no puede sino reportar beneficios al menor, beneficios para su formación integral a argo de sus dos progenitores (coeducación). La psicología evolutiva, clínica y jurídica nos recuerdan que debe protegerse y respetarse siempre la posición y bienestar de los niños. Esta meta solo es posible lograrla promoviendo un ejercicio compartido de la patria potestad, favoreciendo así la idea de co-educación y ello aunque el domicilio de los hijos sea uno solo, evitándose así además conflictos para decidir la competencia sobre las decisiones a tomar en la educación y cuidados del menor.

No solo en materia de separación y divorcio se han producido importantes cambios en nuestro derecho. Si polémica provocaron algunas de las reformas citadas, uno de los temas más problemáticos fue sin duda la introducción en nuestro derecho del matrimonio homosexual, tema este que pasamos a estudiar a continuación.

III. EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL Y LAS UNIONES DE HECHO

La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, introduce en nuestro derecho el matrimonio homosexual.

Ello se lleva a cabo mediante la reforma o añadido de distintos preceptos en el Código, siendo el principal artículo modificado el 44. Si el mismo establecía antes de la reforma que: «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», la Ley 13/2005 añade un segundo párrafo que habla de que: «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contratantes sean del mismo o de diferente sexo.»

La norma reforma otra serie de preceptos sustituyendo los términos «marido y mujer» por el de «cónyuges» (arts. 66 y 67, 175, 637, 1348, etc.), o los de «padre y madre» por el de «progenitores» (arts. 154, 160, 164, 178, etc.).

Luego veremos las justificaciones que alega el legislador para la elaboración de una ley tan polémica y que introduce un cambio tan importante en nuestro derecho. Pero antes de abordar esas razones necesariamente hay que referirse a lo dispuesto en la Constitución, porque la institución matrimonial es algo que trasciende la legislación ordinaria desde el momento en que la ley fundamental regula la misma.

Así el artículo 32 de la Constitución nos dice que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica». Y en su párrafo segundo dice que: «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.»

De la tramitación parlamentaria del precepto parece desprenderse que el derecho al matrimonio se refería al matrimonio heterosexual, ya que se rechazaron diversas enmiendas que pretendían sustituir los términos «hombre» y «mujer» por otros carentes de esa diferenciación de sexo, tales como «contrayentes» o «cónyuges».⁹ A ello podría oponerse, como nos dice el maestro Albaladejo,¹⁰ que si la Constitución hubiese dicho que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio *entre sí* desde luego no hubiera sido posible establecer el matrimonio homosexual, salvo reforma de la Constitución. Y la Constitución no dice que el matrimonio tenga que ser heterosexual.

En cualquier caso no es que el profesor Albaladejo considere que el matrimonio homosexual es un avance. Su opinión en contra de la regulación del mismo es una muestra de lo que pensaron muchos juristas en 2005.

Así dice el ilustre civilista:

Hasta la ley de 1 de Julio de 2005 el matrimonio era la unión legal de un hombre y una mujer, encaminada al establecimiento de una plena comunidad de vida que funda una familia. El matrimonio no es una creación del derecho, sino una institución natural, querida por Dios y recogida por

9. De VERDA Y BEAMONTE (*Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, pp. 40 y ss.) recoge ampliamente los debates parlamentarios.

10. En el *Curso de Derecho Civil IV*, p. 38.

la ley humana en cuanto pieza fundamental en la convivencia social [...] desde aquella ley que ha venido a permitir que ambos cónyuges sean del mismo sexo, tanto puede ser la unión de un hombre y una mujer, como de dos hombres o dos mujeres (de tres todavía no).¹¹

De todas formas podemos criticar la ley por su oportunidad, por su defectuosa redacción, incluso por motivaciones religiosas, etc., pero respecto a su constitucionalidad habrá que esperar a la respuesta que nos dé el Tribunal Constitucional, que aún no ha resuelto a día de hoy el recurso que el Partido Popular presentó contra la misma.

¿Cuáles fueron las motivaciones alegadas por el legislador para elaborar tal norma? De acuerdo con lo recogido en la exposición de motivos de la Ley 13/2005, se atendía a una necesidad social, la aceptación que tenía la convivencia de personas de distinto sexo con vínculos afectivos entre sí. Y la nueva idea del matrimonio tenía como fundamentos constitucionales la promoción de los derechos a la igualdad (art. 14), la libertad (art. 1.1), y en especial la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad (arts. 9.2 y 10).

Algunos autores atacan el uso que la Ley 13/2005 hace del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad como justificación para introducir el matrimonio homosexual en nuestro derecho. De Verda y Beamonte¹² opina que este principio no puede desvirtuar el contenido esencial de un derecho fundamental, en concreto del *ius connubii*, tal como aparece en la Constitución, que contempla el derecho a contraer matrimonio, exclusivamente, con personas de sexo diverso al propio. Y Martínez Vázquez de Castro¹³ nos dice que se ha olvidado que el principio también tiene límites, a pesar de que el legislador español lo considera ilimitado, y que se desvirtúa, por tanto, la estructura objetiva del matrimonio.

España no es en cualquier caso el único estado en permitir el matrimonio homosexual: los Países Bajos, Bélgica, Noruega, Suecia, Canadá, México y, más recientemente (2010), Argentina y Portugal son ejemplos de otros países donde está legalizado.

11. *Ibidem*, p. 31.

12. *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, p. 37.

13. *El Principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, p. 209.

Es cierto que la introducción del matrimonio homosexual en nuestro derecho supone un cambio profundo a la concepción clásica del matrimonio constituido únicamente por hombre y mujer. Por otra parte se trataba de una promesa electoral del partido en el Gobierno que se apresuró a cumplir de forma un poco precipitada. En cualquier caso todos los partidos (incluso los más reacios a admitir el matrimonio homosexual) habían prometido regular a nivel estatal la convivencia entre parejas de hecho –hetero u homosexuales– sin que se llevara a efecto tal regulación. Quizás hubiera sido mejor la existencia de una legislación de tal tipo en lugar de admitir bajo el paraguas del matrimonio también a las parejas homosexuales. Pero la regulación de las parejas de hecho nunca se produjo y se optó por la solución más polémica.

Por otra parte, ¿se trata solo de una cuestión, pues, de denominación? Es decir, ¿solo se cuestiona el hecho de que se denomine «matrimonio» a una unión homosexual? Algo de cierto hay porque se piensa que ese término debe reservarse –por historia, cultura, tradición, etc.– a parejas heterosexuales. Pero no es solo cuestión de terminología: al aceptar a las parejas homosexuales dentro del ámbito matrimonial, no solo se les da un *status* teórico de casadas; con el matrimonio se les dan una serie de derechos adicionales; pensemos que la Ley 13/2005 reforma también unos cuantos preceptos de contenido personal o patrimonial, para darles esos derechos a todos los matrimonios, por ejemplo los relacionados con la patria potestad o la herencia. Derechos que no suele conceder el legislador cuando regula otras instituciones como las amparadas bajo la rúbrica de uniones de pareja estables o uniones de hecho.

Vamos a dedicar un poco de tiempo aquí a estas uniones, pues aunque, como hemos dicho, no hay una legislación general a nivel estatal, sí que encontramos, por un lado, legislación de las Comunidades Autónomas sobre algunos aspectos de la convivencia de las parejas residentes en sus respectivos territorios, y por otro lado la jurisprudencia ha resuelto en numerosas ocasiones los problemas que se han planteado especialmente en lo que se refiere a las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de la unión.

La unión de hecho se constituye sobre la existencia de una relación marital o *more uxorio*, consistiendo en la convivencia estable de dos

personas, convivencia a la que se le pueden señalar cuatro características, de acuerdo con la doctrina elaborada por nuestro Tribunal Supremo (tal como las sintetiza Rosa Moliner Navarro):¹⁴

- 1) Se trata de una convivencia *more uxorio*, con *affectio maritalis*, con una relación de afectividad entre dos personas.
- 2) Con una coexistencia diaria.
- 3) Se trata de una convivencia estable.
- 4) La convivencia es pública y notoria.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del concepto de vida familiar del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dice que la noción de vida familiar no se limita únicamente a las familias matrimoniales y puede abarcar a otras relaciones *de facto* (caso *X, Y, Z v UK* de 1997; caso *Sahin v. Germany* de 2001). Para decidir cuándo una relación puede ser comprendida dentro del concepto «vida familiar» pueden ser relevantes diversos factores tales como si los miembros de la pareja viven juntos, la duración de su relación y si han demostrado un compromiso hacia el otro bien teniendo hijos o por cualquier otro medio. Ello no significa que los Estados tengan obligación de conceder los mismos derechos a una pareja de hecho que a un matrimonio. Un trato diferenciado sería discriminatorio en este sentido solo si no tiene una justificación objetiva y razonable, y no sería admisible si violase el art. 14 del Convenio (goce de derechos y libertades sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo; por ejemplo, caso *Sommerfeld v. Germany* de 2001: padre natural tratado de forma menos favorable que un padre divorciado).

En España no hay mención alguna en la Constitución a las uniones de hecho, si bien el Tribunal Constitucional (TC) habla de que las mismas merecen protección constitucional en virtud de los artículos 10 (libre desarrollo de la personalidad), 14 (derecho a la igualdad) y 39 (protección de la familia, matrimonial o no). El TC dice que matrimonio y

14. «Tratamiento Jurídico de las Uniones de Hecho», *Curso de Derecho Civil Valenciano*, p. 1259.

unión de hecho no son situaciones equivalentes, si bien ello no significa privar de derechos a estas últimas (STC 222/92 de 11 de diciembre).

Aunque el Estado no haya legislado de una forma general sobre las uniones de hecho, sí encontramos muchas referencias en la legislación a efectos concretos derivados de las mismas para supuestos concretos.

Así, por ejemplo, el Código Civil (art. 101.1, 320.1, disposición adicional 3ª de la Ley 21/1987 en relación con el art. 175), la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 16.1 b), la Ley Orgánica 6/1984 de Habeas Corpus (art. 3.a), la Ley 14/2006 de 26 de Mayo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 93) y en otras normas como la Ley Orgánica General Penitenciaria y en la normativa laboral y de seguridad social.

La solución de los problemas económicos derivados de la ruptura de la convivencia no está contemplada en norma alguna, y han sido los tribunales, y especialmente el Tribunal Supremo, los que han elaborado una doctrina sobre el particular. Doctrina que, salvo la negación de que no se trata de matrimonios y, por ello, no ha de aplicarse la solución legal prevista para los regímenes económico-matrimoniales (salvo que los convivientes así lo hubieran pactado), no siempre ha ido en la misma dirección, pues se han aportado muy diferentes soluciones, lo que crea una cierta inseguridad jurídica sobre el tema. Partimos aquí en principio de la ausencia de pacto entre los convivientes para regular su relación y la ruptura de la misma en cuanto a los efectos patrimoniales, pactos admisibles en cuanto respeten lo dispuesto en la ley (arts. 1255 y 1275 cc).

A falta de tales pactos válidos la jurisprudencia ha venido aplicando principalmente las soluciones siguientes (las recoge Víctor Moreno Velasco):¹⁵

- 1) La aplicación de la responsabilidad extracontractual del art.1902, (STS 16 de diciembre de 1996).
- 2) La aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto, doctrina más moderna y que cuenta con muchas sentencias, en virtud de la

15. En «Algunos comentarios sobre los efectos patrimoniales de la ruptura de las parejas de hecho», *La Ley*, 1 de febrero de 2005.

cual se intenta, como dice la STS 387/2008, que cita muchas otras (ponente Clemente Auger):

[...] la compensación del conviviente que ha visto empeorada su situación económica a resultas de la ruptura de la relación en la figura del enriquecimiento injusto, ampliamente considerado, y gravitando en torno a la denominada «pérdida de oportunidad», que sería –como explica la sentencia de 12 de septiembre de 2005– «el factor de soporte que vendría de algún modo a sustituir al concepto de “empeoramiento” que ha de calificar el desequilibrio». La misma jurisprudencia ha explicado, además, que el enriquecimiento, como advierte la mejor doctrina, se produce no sólo cuando hay un aumento del patrimonio o la recepción de un desplazamiento patrimonial, sino también cuando se da una no disminución del patrimonio («damnum cessans»); y que el empobrecimiento no tiene por qué consistir siempre en el desprendimiento de valores patrimoniales, pues lo puede constituir la pérdida de expectativas y el abandono de la actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio de otro.

En virtud de esta doctrina se ha compensado en ocasiones al miembro de la pareja que sale perjudicado económicamente de la relación y ha aportado un esfuerzo y un trabajo a la misma (tradicionalmente el trabajo del hogar). Ya hay muchas sentencias al respecto: por ejemplo 11 de diciembre de 1992, 27 de marzo de 2001 y 17 de enero de 2003.

- 3) La aplicación por analogía del art. 97 del Código Civil: la pensión compensatoria. (STS de 5 y 16 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002).
- 4) Consideración de la existencia de una comunidad de bienes, siempre que se pruebe la existencia de una voluntad inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos a título oneroso durante la duración de la unión de hecho (TS de 18 de marzo de 1992, 30 de diciembre de 1994, 29 de octubre de 1997 y Audiencia Provincial de La Coruña de 10 de junio de 2002).

En cualquier caso, como se ve, las principales soluciones aportadas son muy diferentes entre sí. No en vano, Díez Picazo y Gullón¹⁶ hablan de que la jurisprudencia se disuelve en una infinidad de matices y distinciones.

Pero no solo se trata de la resolución de los problemas económicos derivados de la ruptura de la convivencia. La falta de regulación obliga a la jurisprudencia a dar soluciones a problemas de toda índole. Así, por ejemplo, el derecho de visitas de la ex pareja de hecho homosexual respecto del hijo concebido por inseminación artificial por la otra integrante de la misma e inscrito únicamente como hijo de la madre biológica, se resuelve en un caso diciendo que, como el menor, al margen de su situación legal, tenía una situación familiar consistente en la existencia de dos madres, lo que era aceptado por las dos, el derecho de visitas, si se rompe la unión, no solo no puede suprimirse sino que ni siquiera se puede reducir a meros contactos esporádicos propios de simples parientes y allegados (AP de Toledo, secc.1ª, 22 de abril de 2008, ponente Buceta Millar).

La situación de la ausencia de legislación estatal contrasta con la situación autonómica, donde nos encontramos con once legislaciones (hasta la fecha) que regulan el tema, las características básicas de la unión de hecho, los efectos derivados de la ruptura de la misma y los correspondientes registros autonómicos.

A título de ejemplo vamos a examinar brevemente una de tales normas, la ley valenciana, denominada «Ley de Uniones de hecho de la Comunidad Valenciana», Ley 1/2001, de 6 de Abril.

La norma es de aplicación a las personas que convivan de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un periodo ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción en el registro administrativo de uniones de hecho de la Comunidad Valenciana (art. 1.1). La inscripción tendrá carácter constitutivo (art. 1.2). La ley solo es aplicable si al menos uno de los dos miembros de la pareja se encuentra empadronado en la Co-

16. *Op. cit.*, p. 72.

munidad (art. 1.3) No pueden constituir uniones de hecho los menores no emancipados, los casados, los que ya formen otra unión de hecho (inscrita o no), los parientes por línea recta por consanguinidad o adopción, y los colaterales por adopción hasta el tercer grado (2.1). No podrá pactarse la constitución de una unión de hecho con carácter temporal o someterse a condición (art. 3.2). Los miembros de la unión podrán establecer en escritura pública los pactos que crean convenientes para regular sus relaciones económicas, siempre que no sean contrarios a las leyes, limiten la igualdad de derechos o sean gravemente perjudiciales para uno de ellos, bajo pena de nulidad (art. 4). A falta de pacto se presumirá que los miembros contribuyen equitativamente a las cargas de la unión en proporción a sus recursos. Los pactos (que podrán inscribirse en el correspondiente de registro) no podrán perjudicar a terceros y solo surtirán sus efectos entre las partes. La ley recoge también las causas de extinción de la unión; común acuerdo, decisión de uno comunicada al otro, muerte de cualquiera de los miembros, separación de hecho de más de seis meses y matrimonio de uno de los miembros (art. 6). Se aplicarán a los miembros de la unión de hecho que sean funcionarios los beneficios equivalentes concedidos a los funcionarios casados, y asimismo los derechos y obligaciones establecidos de materia tributos y subvenciones serán de aplicación a los miembros de la unión.

Las uniones se inscribirán en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, tras acreditar los requisitos en expediente contradictorio ante el encargado del Registro. La previa convivencia habrá de acreditarse ante dos testigos mayores de edad (art. 3). El tema del Registro ha sido desarrollado por el Decreto 61/2002 de 23 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2001.

La introducción del matrimonio homosexual y la existencia de numerosas uniones de hecho reflejan una gran diversidad social en el país y sin duda, unas nuevas realidades que nos muestran las diferencias entre la familia clásica y la actual. Y si es así realmente no habría un concepto intemporal de familia y por ello sería mejor en lugar de hablar de una familia única y universal hablar de «familias», en plural, para

designar modelos con arreglo a los cuales los grupos históricos se organizan, tal como nos lo ponen de manifiesto Díez Picazo y Gullón.¹⁷

Según el Instituto Nacional de Estadística, en España hasta el final de 2009 se celebraron 16.060 matrimonios entre personas del mismo sexo: 1.275 en 2005, 4.574 en 2006, 3.250 en 2007, 3.549 en 2008 y 3.412 en 2009.

Respecto a uniones de hecho y dada la dificultad de averiguar los datos por los numerosos Registros existentes, citaremos aquí los datos que tenemos de la Comunidad Valenciana: 1.520 nuevas parejas de hecho, inscritas durante el pasado año en el Registro de Uniones de Hecho de la consejería de Justicia. 200 más que en 2009 y más del doble que en 2005. Desde que entró en vigor la ley (2001) son más de 7.600 las parejas de hecho registradas (Fuente *El País* 19/4/2011).

Las parejas de hecho y las nuevas familias homosexuales, son realidades que ha contemplado el legislador con más o menos acierto, y suponen uno de los grandes cambios que ha sufrido nuestro Derecho de familia. No son las únicas materias sobre las que se han producido importantes reformas. También se han dado estas en materia de menores, tema que vamos a examinar a continuación.

IV. EL DERECHO DE PROTECCIÓN DE MENORES

El artículo 39.2 de la Constitución es el precepto fundamental en materia de protección de menores. En este sentido, la norma fundamental, además de establecer una obligación de protección de la familia con carácter general (los poderes públicos aseguran la protección económica y jurídica de la familia), establece tres previsiones relativas a los menores (párrafos 2, 3 y 4):

- 1) La protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación;

17. *Op. cit.*, p. 32.

- 2) La obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
- 3) Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos.

Tales previsiones constitucionales obligarán a la modificación de determinadas normas, como el Código Civil, y a la elaboración de otras nuevas a fin de establecer una protección integral y adecuada de los menores.

El primero de los temas tratados, el de la filiación, fue objeto de una de las primeras reformas llevadas a cabo en el Código Civil tras la Constitución, en 1981, a fin de suprimir las discriminaciones que contenía el mismo dependiendo de los distintos tipos de filiación.

Y es que el derecho de filiación tradicionalmente establecía diferencias según como se había producido el hecho de la filiación, dentro o fuera del matrimonio y entre personas que podían haberlo contraído o no. Las distinciones no casaban con el derecho moderno y la protección de los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y de protección integral de los hijos, con independencia de su filiación (art. 39.2 CE) por lo que ello obligó a modificar el sistema del Código Civil, lo que se llevó a cabo por la Ley de 11/1981 de 13 de mayo, que cambió numerosos preceptos. La materia se encuentra recogida en el título V del libro I del Código, denominado «De la paternidad y filiación».

Si, como ya hemos visto, el art. 39 de la Constitución establece que los hijos son iguales ante la ley con independencia de su filiación, podría llamar la atención que se sigan estableciendo dos tipos de filiación, de acuerdo con el artículo 108 del Código, que habla de filiación bien por naturaleza o adopción. La filiación por naturaleza puede ser a su vez matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí, y no matrimonial. Todas las clases de filiación, continua el Código, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del mismo.

Pero la distinción de filiaciones que hace el Código, se hace, no para establecer diferentes derechos entre diferentes tipos de hijos, sino para posibilitar la determinación de la paternidad y para reducir litigios.

Supone también un reconocimiento al hecho diferencial de que tradicionalmente una gran mayoría de hijos nacen dentro del matrimonio. Pero las distinciones no suponen discriminaciones: en el derecho español existen clases de filiación, no de hijos.¹⁸

La modificación del Código en el año 1981 supone, asimismo, importantes cambios respecto al régimen de la patria potestad anterior. Como nos dicen Díez Picazo y Gullón,¹⁹ la patria potestad sufrirá las siguientes modificaciones:

- a) Deja de ser un poder exclusivo del padre, y se compartirá con la madre.
- b) Se ejercerá siempre en beneficio del hijo/a, lo que suaviza el sistema punitivo y obliga a menudo a otorgarle audiencia.
- c) Se aumentan los controles públicos sobre la patria potestad, lo que supone un avance de las competencias y poderes del estado frente a los estrictamente familiares.

Al hablar de la patria potestad diremos, pues, que es una función social, que está destinada a cumplir los deberes legales que los padres tienen sobre los hijos y que se ejercerá siempre en beneficio de estos. Así, la jurisprudencia la definirá como el conjunto de derechos y deberes que la ley confiere a los padres sobre los hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben sobre su sostenimiento y educación, en beneficio de los propios hijos (STS 22 de mayo de 1993).

Se trata, así, de buscar siempre el beneficio de los menores, a través del llamado «principio del interés superior del menor», principio este que introducirá de manera clara en nuestro sistema la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor. Su artículo 2º dice que:

18. RODRÍGUEZ ADRADOS citado por Ramón Herrera Campos en el *Curso de Derecho Civil IV*, p. 290.

19. *Op. cit.*, p. 256.

En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores, sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo cuantas medidas se adopten al amparo de la presente ley deberán tener un carácter educativo. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.

El interés del menor se introduce así como una cláusula general que comprende un principio general del derecho, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado.²⁰

La Ley recoge en este sentido el principio contenido en normas internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990). Además de establecer los principios generales en esta materia, la norma hace un largo listado de los derechos del menor, y, entre otros, cita los siguientes: al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la información, a la libertad ideológica, participación, asociación y reunión, libertad de expresión y derecho a ser oído.

El principio de interés general del menor y de su especial protección influirá en toda la legislación en materia de familia y en la aplicación de la misma. No en vano, por ejemplo, cuando hablamos de la adopción o el acogimiento, hablaremos de instituciones que se consideran en el Código como *formas de protección de menores* (capítulo v del título vii del libro i). También la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 1826, dice que *el juez podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas para asegurarse de que la adopción, el acogimiento o su cesación resultarán beneficiosos para el menor*. Y es el principio el que autoriza al juez a que acuerde la guarda y custodia compartida –aun sin acuerdo de ambos progenitores– «fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor», tal como nos dice el art. 92.8 del Código, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 15/2005.

También el artículo 96 del Código, al establecer que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, «el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», tiene como finalidad la pro-

20. Véase DE TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL, *Interés del menor y Derecho de familia*, p. 24.

tección del interés del menor y, como nos dice una reciente sentencia del Tribunal Supremo, esta norma está en relación con la condición de menores de los hijos a los que se atribuye el uso de la vivienda y requieren la actuación protectora de la patria potestad (STS, Sala 1ª, 1657/2011, de 29 de marzo, ponente Encarnación Roca Trías).

Tal principio supondrá, además, la eliminación de algunas posibilidades que tenían los padres a la hora de ejercer la patria potestad. Así, por ejemplo, el último párrafo del art. 154 del Código establecía el derecho de los padres a *corregir razonable y moderadamente a los hijos*, párrafo que ha sido eliminado por la Ley 54/2007, de 28 de Diciembre, al estimarse que con esa facultad se podía dar lugar a la existencia de malos tratos, tal como manifestó el Comité de derechos del niño, que pensaba que se podía contravenir así el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Además, si los progenitores pueden ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial, será el interés del hijo el factor que se tendrá en cuenta para recuperar la potestad. Así, los tribunales podrán, en beneficio del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación (art. 170).

Otro ejemplo de protección especial del interés del menor nos lo muestra el hecho de que el legislador pensó que era conveniente proteger las relaciones de los menores con sus parientes y especialmente con sus abuelos, lo que llevó a cabo con la Ley 42/2003 de reforma del Código. Y así el art. 160 dice que: «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados».

En caso de conflictos el juez resolverá lo que considere conveniente, asegurando que: «las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

Y en el mismo sentido se establece la previsión legal de que los adoptados, alcanzada la mayoría de edad o en su minoría con la representación de los padres, tienen derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos (art. 180.5 del Código, añadido por la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional). Se considera que el interés superior del menor exige que este conozca su condición de adoptado por motivos éticos, psicológicos y materiales.²¹

En el tema de las diferentes formas de protección de los menores (acogimiento y adopción) nos encontramos con abundante legislación en todos los ámbitos: internacional (Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993), estatal (Código Civil y Ley 54/2007 de 28 de diciembre de Adopción Internacional) y autonómica, con abundante legislación en todas las comunidades. En este sentido hay que destacar el hecho de que todas las comunidades autónomas han asumido en sus estatutos competencias en materia de protección de menores, y legislado después al respecto con abundancia. Es cierto que las instituciones básicas siguen reguladas en el Código Civil (tutela, curatela, defensor judicial, adopción, etc.) pero las comunidades, bien por permitírsele el art. 149.1.8 de la Constitución (desarrollo de sus derechos civiles preexistentes), o bien bajo el paraguas de asunción de competencias en materia de asistencia social, han elaborado mucha legislación.²²

Un ejemplo reciente de lo dicho es la Ley 12/2008 de 3 de julio de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, que deroga la anterior Ley 7/94 de la Infancia.

Los cambios legislativos producidos tras la Constitución en materia de menores son, pues, abundantes: sobre adopción y acogimiento, sobre filiación, sobre patria potestad y sobre derechos de la infancia, cambios todos ellos derivados de la aplicación del mandato del artículo 39 de la

21. DE TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL, *op. cit.*, p. 193.

22. Véase la obra que coordina Clara Martínez García, *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías, Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid, 2007.

Constitución y del principio general de la primacía de su interés superior.

La jurisprudencia aplica la primacía del interés del menor por encima de otras consideraciones y así, por ejemplo, en casos de acogimiento se considera que una adecuada protección del menor es un principio que debe prevalecer sobre cualquier consideración sobre los derechos que pudiera tener su familia natural.

Así, por ejemplo, la Sala 1ª de 31 julio 2009 dice que cuando existe una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta «[...] la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor[...]», de modo que «el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor». Y así esta Sala sienta la doctrina de acuerdo con la cual «[...]para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor[...]».

En este sentido, muy recientemente, el Tribunal Supremo (STS 605/2011, de 21 de febrero, ponente Encarnación Roca Trías) ha establecido claramente su doctrina sobre la protección de los menores, intentando aclarar dudas que se planteaban en los juzgados de familia y audiencias, sobre si el menor debía o no volver con su familia natural, aunque estuviese bien insertado y feliz en su familia de acogida.

El Supremo fija en esta sentencia las tres directrices siguientes a seguir:

- a) La Administración puede actuar de forma cautelar.
- b) Hay que ponderar los intereses en juego, teniendo en cuenta que el interés del menor es preferente sobre el de la familia (STS de 31 julio de 2009).
- c) Que en toda la normativa relativa a la protección del interés del menor en estas circunstancias, se recomienda que se procure la reinserción del niño en su propia familia, siempre que ello no sea contrario a su interés.

No se trata, pues, de reinsertar siempre al menor en su familia natural, aunque sea lo preferible, sino que hay que valorar si es lo más adecuado para su interés en cada situación concreta.

Relacionadas con las instituciones protectoras de los menores se encuentran las relativas a la tutela, que procedemos a estudiar brevemente a continuación.

V. LA TUTELA

Son varias las leyes postconstitucionales que han reformado el derecho sobre la tutela: las Leyes 13/83 de 24 de octubre y 21/87 de 11 de noviembre, que modificaron el Código Civil, y posteriormente dos más, la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Personal de las Personas con Discapacidad. También la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que contiene disposiciones generales sobre los procesos de menores, derogó algunos preceptos sobre la tutela.

La institución de la tutela navega entre dos áreas del derecho civil, por un lado la relativa al estado civil de la persona –y la incapacitación– y por otro, un área más de Derecho de familia, la relativa al menor que no está sujeto a la patria potestad. Esta última área, la que vamos a estudiar aquí, es la que regula las instituciones de guarda o tutelares a través de las cuales se proporciona a los menores una protección adecuada a sus circunstancias personales cuando no es posible jurídicamente el recurso a la figura de sus padres, tal como nos lo describe Julia Ruiz-Rico.²³

23. En *Curso de Derecho Civil* iv, p. 347.

La autora citada nos señala las tres características básicas del nuevo sistema tutelar:

- 1) No existe una sola institución tutelar, sino una pluralidad de instituciones, tales como la tutela, la curatela, el defensor judicial, la guarda de hecho y la guarda administrativa (arts. 215, 303 y 172.2 cc).
- 2) Es un sistema de tutela de autoridad, en atención al protagonismo que se reconoce al juez en la constitución y desarrollo de las potestades tutelares, así como al momento de su extinción. El juez comparte con el fiscal las tareas de control de la tutela (arts. 232 y 261 cc).
- 3) Se inspira en el principio de supremacía de interés del menor, ya que el beneficio de este es el principio rector del ejercicio de las funciones tutelares (arts. 261.1, 216.2 y 158 cc)

De nuevo nos encontramos aquí con el principio del interés primordial del menor, aplicable en este caso al menor sometido a tutela, y ello explica, por ejemplo, varias situaciones que prevé la ley, como el carácter obligatorio de los cargos tutelares que están orientados en beneficio del tutelado (art. 215 cc), la limitación de los actos de disposición que puede realizar el tutor o los obstáculos que se ponen a este para recibir liberalidades del tutelado (art. 221 cc). El tutor, además, viene obligado a hacer inventario de los bienes bajo su administración (art. 262 cc) e incluso puede ser obligado a constituir una fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 260 cc).

VI. LA ORGANIZACIÓN ECONÓMICA DEL MATRIMONIO

También en materia económico-matrimonial se han producido importantes cambios en las leyes civiles a fin de ajustarlas a la nueva realidad constitucional. Anteriormente la Ley 14/75 de 2 de mayo ya había modificado de forma importante el Código al permitir la mutabilidad del régimen económico matrimonial, pues antes de esa fecha si el matrimo-

nio se había iniciado bajo un régimen concreto debía continuar bajo el mismo durante toda su existencia.

Posteriormente la Ley 11/1981, de 13 de mayo, reformó profundamente el Código en esta materia, estableciendo como principios inspiradores de los regímenes económico-matrimoniales los siguientes:²⁴

- 1) El principio de libertad de estipulación (arts. 1315, 1325 CC).
- 2) El principio de igualdad jurídica de los cónyuges (arts. 32 y 66 CE y art. 1328 CC).
- 3) El principio de flexibilidad o mutabilidad del régimen (art. 1317 CC).

Son muchos los preceptos nuevos o reformados tras la ley del 81, ya que se da redacción a la mayoría del articulado del Código; se dedica por ejemplo una amplia regulación al régimen de separación de bienes, llenando el vacío anterior, y se introduce por primera vez un nuevo régimen, el de participación, que tenía antecedentes legales en Alemania y Francia pero no en España, intentando introducir con el mismo un régimen que fuera más acorde con la igualdad entre los esposos consagrada en el art. 32 CE, si bien ha sido luego un régimen de escasa utilización.

Son efectivamente demasiadas las novedades que se introducen ese año para tratarlas aquí, por lo que vamos a limitarnos a hacer referencia a algunos temas de relieve, como son la libertad de estipulación y la aplicación del principio de igualdad.

La libertad de estipulación se plasma, entre otros preceptos, en el art. 1323, que establece que «los cónyuges pueden transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos». Antes de 1981 los cónyuges estaban sujetos a una prohibición prácticamente total de contratar entre sí. Se consagra, pues, un principio de libertad, libertad para pactar, para cambiar el régimen y para establecer en suma cualquier tipo de estipulación en el mismo, siempre que esta no sea contraria no solo a las leyes o a las buenas cos-

24. Díez-PICASSO, LUIS y ANTONIO GULLÓN, *op. cit.*, p. 134.

tumbres sino «a la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge» (art. 1328). La limitación es consecuencia obligada de la aplicación del principio de igualdad constitucional y no discriminación por razón de sexo (arts. 14 y 32 CE y 66 CC). La doctrina admite que es necesaria la limitación a la libertad de cláusulas por el derecho fundamental afectado, pero dice que ello plantea dificultades de aplicación práctica.²⁵ Aun así se señalan algunos supuestos en los que la limitación operaría, impidiendo por ejemplo la constitución del régimen dotal, los pactos de administración con disposición de los bienes comunes por uno solo de los cónyuges, o el pacto por el que uno de los cónyuges entrega al otro la administración o disposición de sus bienes privativos.

La Ley 23/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el Código en materia de derecho a contraer matrimonio, modificará también algunos preceptos sobre el régimen económico matrimonial, de forma que en todos los artículos donde se hable de «marido y mujer» se introducirá el término «esposos». Es ello una consecuencia de la apertura del matrimonio a las parejas homosexuales.

Además de la legislación civil del estado nos encontramos con legislación sobre los regímenes económico-matrimoniales elaborada por algunas comunidades autónomas. Y es que estas han legislado al respecto amparadas por lo que dispone el art. 149.1.8 de la Constitución, que permite asumir competencias en materia civil por haber tenido un derecho civil preexistente a la Constitución. Pero incluso alguna comunidad, cuya competencia sobre este tema es más que cuestionable, como la Comunidad Valenciana, ya que había perdido todo su derecho civil anterior (excepto del derecho consuetudinario), ha legislado sobre la cuestión, por ejemplo mediante la Ley 10/2007 de 20 de marzo de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, modificada posteriormente por la Ley 8/2009 de 4 de noviembre.

Antes de acabar este breve repaso de los cambios producidos tras la Constitución en la legislación reguladora de los regímenes económico-matrimoniales nos gustaría hacer alguna referencia a una doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo recientemente para sol-

25. SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER (coord.), *Curso de Derecho Civil IV*, p. 171.

ventar algún tema no previsto claramente en la ley, para casos de disolución del régimen económico por divorcio.

Nos referimos al pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca de un bien, hipoteca contratada por ambos cónyuges. La reciente sentencia 1659/2011 de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 28 de marzo (ponente Encarnación Roca), reafirmando la doctrina de la misma sala de 5 de Noviembre de 2008, dice que el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y, como tal, queda incluida en el art. 1362, 2º cc y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los arts. 90 y 91 cc. Se trata, pues, de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

Se solventa así el problema de cómo debían considerarse dichas cuotas, problema que había generado una jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales en lo relativo al carácter que tras la disolución de la sociedad de gananciales ostenta el crédito hipotecario que grava la vivienda familiar.

VII. CONCLUSIONES

Creemos haber expuesto los principales cambios producidos en el ámbito del Derecho de familia, si bien sucintamente, porque lo cierto es que 30 años dan para mucho. Nos hemos centrado en los más importantes, como los relativos al tema del menor o al tema del matrimonio, con las importantes –y a veces polémicas– reformas que se han producido.

El Código Civil y el resto de leyes civiles del año 2011 contienen un derecho civil bastante diferente al que existía en el año 1981. Si las reformas de ese año ya fueron relevantes, mucho más lo han sido las que se han producido después, sobre todo en los últimos años. Se trata, por una parte, de una adaptación de la legislación civil a la Constitución, en

lo que se refiere a aspectos tales como la igualdad jurídica de los cónyuges, la igualdad de los hijos con independencia de su filiación, la protección especial que se dedica a los menores y la aplicación del principio de libre desarrollo de la personalidad. Y, por otra parte, se trata de una adaptación de la legislación a la realidad social, en temas tales como el de las parejas de hecho, la eliminación de las causas de divorcio o el favorecimiento de la ruptura del matrimonio, ruptura que en nuestra sociedad –como se produjo antes en otros Estados– cada vez suele ser más frecuente.

El que se haya legislado en exceso o con mayor o menor acierto es otra cuestión, pero lo que todos los cambios buscan es, no solo la adaptación a los tiempos de la legislación civil, sino la toma en consideración de algo que hemos dicho al empezar este trabajo: cada vez es más difícil hablar de «familia», y en su lugar deberíamos hablar de «familias». Se trata, pues, de tener en cuenta la realidad plural de nuestras sociedades y legislar para esa diversidad, respetando siempre los mínimos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. y Díez ALABART, S. (dirs.) (1982): *Comentarios al Código Civil*, tomo II, 2ª ed., Edersa, Madrid.
- ALBALADEJO, M. (2007): *Curso de Derecho Civil IV*, 11ª ed., Edisofer, Madrid.
- CARRIÓN OLMOS, S. (2006): «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005 de 8 de Julio» en José Ramón De Verda (coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson, Elcano.
- DE TORRES PEREA, J. M. (2009): *Interés del menor y Derecho de familia, Una perspectiva multidisciplinar*, Iustel, Madrid.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coord.) (2006): *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson, Elcano.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A. (2006): *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, 10ª ed., Tecnos, Madrid.

- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.) (2007): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías, Situación de riesgo y desamparo de menores. Acogimiento familiar y acogimiento residencial*, Dykinson, Madrid.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. (2008): *El Concepto de matrimonio en el Código Civil*, Thomson Civitas, Madrid.
- (2010): *El Principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas, Madrid.
- MOLINER NAVARRO, R. (2000): «Tratamiento Jurídico de las Uniones de Hecho», *Curso de Derecho Civil Valenciano*, RGD, Valencia.
- MORENO VELASCO, V. (2005): «Algunos comentarios sobre los efectos patrimoniales de la ruptura de las parejas de hecho», *La Ley*, 1 de febrero de 2005, pp. 1702-1708.
- SÁNCHEZ CALERO, F. J. (2005): (coord.), *Curso de Derecho Civil IV*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

EL MATRIMONIO EN EL ESTADO DE MÉXICO

LUIS ÁNGEL SÁNCHEZ ALBARRÁN

Licenciado en Derecho por la Universidad Iberoamericana.

Doctorado en la Facultad de Derecho

Universidad Autónoma del Estado de México

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo ofrece una visión de la parte más representativa del Derecho Familiar en el Estado de México, como es la institución del matrimonio. En el Código Civil del Estado de México, uno de sus preceptos legales contiene una muestra significativa del cambio de paradigma sobre esta figura, por lo cual se pretende buscar la verdad lógica. Es decir, la *adecuatio res et intellectus*.¹

Este aserto dialéctico deriva de la cognición sobre el derecho, es decir, si se considera al derecho como un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica, en consecuencia puede considerarse que el matrimonio es la parte fundamental del Derecho Familiar ya que este es parte a su vez del Derecho en general, y consecuentemente, el matrimonio como producto en su abstracción jurídica es capaz de aportar soluciones a los problemas surgidos de nuestra realidad histórica.

Sobre esta definición jurídica, hemos propuesto dos interpretaciones, a saber: una a favor y otra en contra a la parte del precepto legal que mencionamos y que se refiere a la realización personal de los cónyuges en el matrimonio.

1. MÁRQUEZ MURO, DANIEL. *Lógica*, p. 298.

II. EL MATRIMONIO A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO

El presente artículo deviene de la provocación que al intelecto y a la crítica presenta el Código Civil del Estado de México mediante la definición que de «matrimonio» proporciona este cuerpo legal de dicha entidad mexicana para cuyo efecto se transcribe el mismo:

4.1.bis. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y un mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.²

Este precepto, estimamos, tiene al menos dos interpretaciones, a saber: la primera indica que no es coincidente con la realidad ni con la naturaleza de lo que teleológicamente persigue el tradicional paradigma del matrimonio. Es decir, ópticamente no se refleja en tal definición jurídica lo que la propia naturaleza del ser humano demanda al contraer matrimonio ya sea consciente o inconscientemente. Esto es, tal definición no se consideraría acertada porque se podría afirmar que el matrimonio no satisface las necesidades del ser humano que se llega a ubicar en esta institución. La realidad demuestra mediante otra institución jurídico-familiar como lo es el divorcio, la existencia de múltiples conflictos que llegan a quebrantar dicho matrimonio pasando por conductas que constituyen los llamados «delitos» y que no solamente aniquilan el matrimonio y la salud mental de los hijos. También causan traumas en ocasiones irreversibles en los divorciados. Quienes en una cadena de desaciertos, tras la búsqueda de «rehacer su vida», siguen causando mayores conflictos con terceros y vuelven su existencia verdaderamente patológica y muchas veces antisocial y hasta delinencial.

Veamos de entre las causales de divorcio de reciente cuño las siguientes:

2. Código Civil vigente del Estado de México. Artículo 4.1 bis. El Estado de México es una entidad federativa de los Estados Unidos Mexicanos que va a la vanguardia en materia jurídica en relación con los demás estados de esta República.

Artículo 4.89.- El divorcio se clasifica en necesario y voluntario. Es necesario cuando cualquiera de los cónyuges lo reclama fundado en una o más de las causas que señala el artículo siguiente y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo por estos.

Artículo 4.90.- Son causales de divorcio necesario:

[...]

XII.-La negativa de los cónyuges de darse alimentos o de darlos a los hijos;³

[...]

XVII.- La violencia familiar⁴;

XIX.-La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

XX.-Incumplimiento injustificado de las determinaciones judiciales que se hayan ordenado, tendientes a corregir los actos de Violencia Familiar hacia el otro cónyuge o a los hijos, por el cónyuge obligado a ello.⁵

De las precedentes casuales de divorcio cabe destacar para el efecto de este artículo, las marcadas con los ordinales: XII, XVII, y XX. Causales que constituyen actos que dan origen al divorcio –como ya se dijo–, pero también son conductas que el Código Penal de la misma entidad federativa consigna como tipos penales, es decir, que considera dicho cuerpo legal como conductas delictuosas. De las que se siguen otras, como pueden ser las conductas que actualizan los tipos penales siguientes: las injurias, lesiones, violencia familiar en sus diversas especies, como lo son violencia psicológica, violencia económica y violencia física, fundamentalmente.

Tales conductas –al menos como vía de hipótesis– tienen como causa final la falta de formación humana o madurez de los cónyuges.

3. Entró en vigencia según la *Gaceta Oficial del Estado de México* el 6 de marzo de 2010.

4. *Ibidem*. Entró en vigencia según la *Gaceta Oficial del Estado de México* el 29 de agosto de 2007.

5. Entró en vigencia según la *Gaceta Oficial del Estado de México* el 16 de enero de 2007.

Partimos de la definición que de «matrimonio» proporciona el vigente Código Civil para el Estado de México, la que se transcribe nuevamente a continuación:

4.1. bis. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y un mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.⁶

Del precepto transcrito solo se considerará para el efecto de esta cuestión dialéctica una de las finalidades establecidas por el legislador, siendo la atinente a «[...] búsqueda de la realización personal [...]»

La búsqueda de la realización personal como uno de los fines del matrimonio es loable. No obstante el concepto «búsqueda» significa una falta o ausencia de algo.⁷ En el particular precepto, se dice: «realización personal [...]»

III. ¿QUÉ ES LA REALIZACIÓN PERSONAL?⁸

La realización personal se podría entender como llegar al acto.⁹ Interpretación provocada por estar contenida esta expresión en un Código Civil, dentro del contexto de su libro cuarto, cuyo rubro refiere «Derecho Familiar» y cuyo título primero es, a su vez, ni más ni menos: «De la Familia y el Matrimonio».

En efecto, no podemos inferir algo diverso a la teoría de la potencia¹⁰ y el acto. Dentro de la cual la persona soltera estaría en potencia en cuanto a su realización personal, y al contraer matrimonio llegaría a su

6. Código Civil vigente del Estado de México. Artículo 4.1 Bis. El Estado de México es una entidad federativa de los Estados Unidos Mexicanos que va a la vanguardia en materia jurídica en relación con los demás Estados de esta República.

7. Inquirir: diligencia para encontrar algo. Sinónimo: «rebuscar», ‘el que busca encontrar algo’. *Diccionario Larousse*.

8. «Realizar»: ‘hacer real o efectiva una cosa. Realizar una promesa’. Sinónimos: «cumplir» y «hacer» (*Ibidem*). *Larousse*.

9. El acto se define como ‘toda perfección’ (Muro, Daniel, *op. cit.*).

10. La potencia se puede definir como una posibilidad, capacidad o tendencia a existir. Y desde el momento que es posibilidad, al mismo tiempo presupone imperfección (*Ibidem*).

realización personal. Lo que en otras palabras significaría llegar a la perfección, que es precisamente estar en acto solamente a través del matrimonio. Sin duda alguna resulta interesante esta visión legislativa y sin pretender juzgarla nos sirve de base para la argumentación que nos ocupa y seguramente será de utilidad para dicho fin.

Si consideramos en potencia a cualquier ser humano que se encuentre soltero y de acuerdo al precepto base de este pensamiento, el matrimonio sirve como medio para la perfección en cuanto a la realización personal. Podríamos concluir sin la menor dificultad que es necesario, si se quiere alcanzar la realización personal, contraer matrimonio.

En líneas anteriores se hizo un pequeño acercamiento al decir que a partir de la no realización a la realización se lleva a cabo un movimiento del no ser al ser y dijimos que esto lo contemplamos a la luz del acto y la potencia. En tal sentido se requiere una ampliación de este esquema diciendo:

La potencia se puede definir como una posibilidad, capacidad o tendencia a existir. Y desde el momento que es posibilidad, al mismo tiempo presupone imperfección, puesto que aún no se posee algo que si bien es cierto se puede alcanzar, sin embargo, todavía no existe. Y entre tener una cosa y poder tenerla es más perfecto tenerla. Por ello, toda potencia, al decir orden hacia algo, implica imperfección.¹¹

En la presente reflexión la no realización personal es la potencia y la realización personal viene a ser el acto. De tal suerte que «toda posibilidad presupone aquello hacia lo cual dice orden, ya que toda potencia debe ser de alguien y hacia algo».¹² Así el alguien es precisamente el ser humano y el algo es la realización personal.

Una vez sentado lo anterior –que sirve de basamento a nuestra argumentación–, iremos al fondo de la cuestión. Se trata de resolver o tratar de resolver lo que se pudiera entender por «realización».

En principio dijimos que realizarse es llegar a algo que sea valioso, digámoslo en otros términos, se busca un bien y en el caso de una

11. *Ibidem*.

12. *Ibidem*.

determinada elección que pudiera ser el matrimonio podríamos atrevernos a decir que es un bien. Nuestro propio bien. Siguiendo el mismo orden de ideas, Aristóteles¹³ refiere: «Puesto que todo conocimiento y toda elección apuntan a algún bien, declaran ahora, resumiendo nuestra investigación, cuál es el bien a que tiende la ciencia política, y que será, por tanto, el más excelso de todos los bienes en el orden de la acción humana.

En cuanto al nombre, por lo menos, reina acuerdo casi unánime, pues tanto la mayoría como los espíritus selectos llaman a ese bien «la felicidad»

¿Sería lógico pensar que «realización personal» y «felicidad» son sinónimos?

Una hipótesis podría ser la siguiente:

Mientras unos buscan la felicidad en el matrimonio otros la buscan en la política. Eso de ninguna manera significa que por el solo hecho de contraer nupcias o de estar en la política se alcance la felicidad. O bien que la realización personal se encuentre ya en el matrimonio o bien en la política, porque tanto en el matrimonio como en la política se encontrarán desertores. Como se advirtió en el caso del divorcio, que deshace al matrimonio.

Se podría pensar que nos referimos a una igualdad o semejanza si no es que es una verdadera identidad la que acabamos de hacer al considerar como sinónimos los conceptos «felicidad» y «realización personal». Aunque ciertamente así lo parecen, dicha aseveración rompería el principio lógico y ontológico de «identidad». Por otra parte, nuestra pretensión es lisa y llanamente hacer notar la antinomia entre «matrimonio» y «divorcio». Es decir, nuestra investigación no abarca la búsqueda de la verdad sobre el concepto «felicidad». Por lo que solo nos resta concretarnos al concepto de «realización personal» sin negar la posibilidad de la íntima relación entre «realización personal» y «felicidad». Alejándonos del problema de semejanza regresemos al problema principal consistente en indagar si la conceptualización de ma-

13. Aristóteles, *Ética Nicomaquea*.

rimonio del Código Civil del Estado de México es afortunada o no. Esto es, debe darse respuesta a la pregunta ¿tal concepto colma la verdad? O bien: ¿coincide la realidad con la concepción del legislador en cuanto a matrimonio?

Consideramos que el argumento del divorcio ya anotado es válido para afirmar que el precepto legal que es objeto de análisis es poco afortunado, ya que el matrimonio no da la satisfacción a la búsqueda de la realización personal de los cónyuges.

Argumento que ciertamente pone en evidencia desde la perspectiva sociológica o sea, de la realidad social, que hay más divorcios que matrimonios en un lapso y lugar determinados. Lo que se antoja una falacia por ser una inducción al error pero si atendemos a las estadísticas de violencia familiar detectadas mediante la cifra dorada en el mes de junio del año 2010 proporcionadas por la Procuraduría General de Justicia del Estado de México y las comparamos con los juicios de divorcio iniciados y en trámite durante el mismo mes y año de acuerdo a los datos arrojados por el Tribunal Superior de Justicia que son del orden de 600 denuncias y 836 casos de inicio y trámite de divorcios por diversas causales y sin tomar en cuenta la cifra negra y los casos de la Procuraduría en donde se aplicaron criterios de oportunidad podríamos echar por tierra la afirmación de la realización de los cónyuges en el matrimonio. Estos datos son tomados solo como una muestra que es representativa de nuestra argumentación en cuanto a la primera interpretación.

Por lo que hace a la segunda interpretación del precepto legal que se analiza y que para mayor comodidad transcribimos a continuación de nueva cuenta:

4.1.Bis. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y un mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia.¹⁴

14. Código Civil vigente del Estado de México. Artículo 4.1 bis.

La postura de quienes redactaron esta disposición indudablemente está en función de la llamada «vocación para el matrimonio». En donde los cónyuges se requieren uno al otro para llegar a esa realización de que se habla, que bien podríamos asemejar a la felicidad. Situación que indudablemente evita cualquier desorden social y agresión alguna a sus semejantes. En esta óptica y como réplica al argumento esgrimido en primer término mediante el que se defiende la independencia del individuo versus matrimonio, se podría sostener que si bien es cierto existe el divorcio que disuelve el matrimonio, no menos cierto es que el mismo legislador captando la realidad histórica de la sociedad tiene presente que el hecho de divorciarse no significa de manera alguna que haya escarmiento. Esto significa que hay reincidencia en quien una vez divorciado(a) vuelve a contraer matrimonio. Esto se colige de la redacción del propio Código Civil del Estado de México, del que se transcriben los artículos relativos:

Artículo 4.88.- El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Artículo 4.94.-la reconciliación de los cónyuges pone término al juicio de divorcio en cualquier estado en que se encuentre, si aún no hubiere (*sic*) sentencia ejecutoria, comunicándolo al juez.

4.100.- El cónyuge que haya dado causa al divorcio, no podrá volver a casarse, sino después de dos años, contados desde que se decretó el divorcio. Los divorciados uno del otro pueden volver a casarse entre sí en cualquier momento.

De los preceptos transcritos nada difícil resulta inferir –vía inducción–, que el ser humano busca en el matrimonio su realización personal. El hecho de divorciarse tiene el significado de no haber compaginado con una pareja como la que existía en su imaginación de tal suerte que la ruptura se inició mucho antes del divorcio. No podemos pasar por alto la existencia de los atavismos que están muchas veces al margen de la ley y que orillan a las personas a contraer matrimonio contra sus propias convicciones y al no saber escoger se equivocan en la elección de pareja o bien los obligan a contraer matrimonio con quienes ellas o ellos no desean y tarde o temprano habrá divorcio. Lo

que no significa de manera alguna que dichas personas no deseen realizarse dentro de esa unión. Esta conducta es ni más ni menos que el uso de su derecho al desarrollo de la personalidad. Sobre este particular existe un criterio de nuestro máximo tribunal que así lo ha entendido.¹⁵

IV. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, que así lo previene el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, «la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, solo a ella corresponde decidir autónomamente».

No se escapa de nuestra percepción el alcance del criterio reproducido en la cita anterior, que rebasa en mucho el criterio que guarda el legislador de nuestra entidad federativa como lo es el Estado de México.

La cercanía de nuestro Estado al Distrito Federal nos permite entender este fenómeno de cambios de paradigmas. En el caso de divorcio, —como se señaló anteriormente—, nuestra legislación contiene causales,

15. Novena Época, Registro: 165822. Instancia: pleno. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta xxx*, diciembre de 2009. Materia(s): constitucional, civil. Tesis: P. LXVI/2009. Página: 7.

en cambio en el Distrito Federal se han dado cambios en materia familiar en cuanto a dar todas las facilidades a los cónyuges para divorciarse sin las trabas de acreditar una u otra causal que dentro de la legislación procesal debe probarse plenamente para que el juez pueda dictar la disolución del vínculo matrimonial. Estas reformas han sido aceptadas con criterios que las apoyan, como el que sostiene un Tribunal Colegiado de Circuito,¹⁶ el que dice:

XXX, Septiembre de 2009

Materia(s): civil

Tesis: I.3o.C.754 C

Página: 3124

DIVORCIO. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL PROCEDIMIENTO, A PARTIR DE LAS REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADAS EL TRES DE OCTUBRE DE DOS MIL OCHO.

De conformidad con las reformas a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, publicadas el tres de octubre de dos mil ocho, se destacan los siguientes aspectos del nuevo procedimiento: 1. Desaparece el sistema de causales de divorcio y se privilegia como única causa la sola voluntad de uno de los cónyuges para disolver el matrimonio. 2. El procedimiento se simplifica y se limita a la presentación de una «solicitud», a la que deberá acompañarse una propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial relativas a los bienes, los hijos (guarda y custodia, derecho de visitas, alimentos), uso del domicilio conyugal y del menaje, la administración de los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, la forma de liquidación y la compensación en caso de matrimonio celebrado bajo el régimen de separación de bienes. Emplazado el otro cónyuge, debe manifestar su conformidad con el convenio presentado por el solicitante; y en caso de inconformidad deberá formular su contrapropuesta de convenio respectiva.

16. Novena Época. Registro: 166444. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

En este punto, conviene establecer, que las partes habrán de ofrecer desde su escrito de solicitud y de contestación, todas las pruebas que estimen convenientes a efecto de acreditar la procedencia de sus respectivos convenios (fracción X del artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal), así como también lo necesario para que se decrete el divorcio. 3. Una vez contestada la solicitud de divorcio o precluido el plazo para ello, si hay acuerdo en el convenio, se decretará la disolución del vínculo matrimonial y además el convenio relativo a las demás cuestiones se aprobará de plano, siempre que no se vulneren disposiciones legales. Cabe destacar que el momento en que el Juez debe decretar la disolución de vínculo matrimonial, es una vez contestada la solicitud de divorcio o bien cuando hubiera transcurrido el plazo para hacerlo, con independencia de que exista o no acuerdo en relación con los convenios, toda vez que tal decisión no puede obstaculizarse, ya que el legislador privilegió la disolución del vínculo matrimonial. 4. En caso de desacuerdo sobre el citado convenio, al contestarse la solicitud de divorcio, decretado este, el Juez citará a las partes dentro de los cinco días siguientes a ello a efecto de lograr su avenencia en relación con sus respectivos convenios; y en caso de lograr el consenso se aprobará lo relativo al convenio. En caso de que no se logre tal acuerdo, se deberán aperturar oficiosamente los incidentes correspondientes a efecto de dilucidar cómo habrán de quedar las cosas materia de los convenios. 5. En los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas provisionales subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en los incidentes que resuelvan la situación jurídica de los hijos o bienes. 6. La sentencia (en sentido amplio) que recaiga a la disolución del matrimonio es inapelable y sólo son recurribles, mediante apelación, las resoluciones que decidan en vía incidental los convenios presentados por las partes.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Criterio que sin duda avala esta segunda postura de la búsqueda de la realización de las personas en el matrimonio.

Aunque de manera sintética se han abordado las dos probables o más representativas interpretaciones del artículo del Código Civil del Estado de México atinente al matrimonio. No podemos menos que indagar un poco más en esta institución pero con el propósito de desvelar de una vez por todas el valor que en esta sociedad convulsionada de tanta tecnología tiene el matrimonio. Tomamos como punto de partida el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana¹⁷ que hace referencia a la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano. del que derivan, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida.

Hablar de un proyecto de vida implica sin duda alguna una planeación de acuerdo a las posibilidades y capacidades de cada individuo siempre dentro de un marco jurídico determinando. Marco jurídico que en el caso de México cambia según la Entidad Federativa en donde se viva. Tomando en cuenta la entidad y su legislación, la persona deberá indagar si es o no el matrimonio el que está dentro de los planes de su proyecto de vida y dicho matrimonio –llamado así para seguir el orden formal normativo–, deberá ser el que su cosmovisión le permita. Entendiendo como cosmovisión la visión o concepción del mundo¹⁸. O bien, en su acepción alemana *Weltanschauung*, como actitud psicológica conceptualizada en formas poéticas, religiosas o filosóficas. Lo que era sentimiento, pasión, antipatía y simpatía, la cosmovisión lo organiza y lo presenta en un sistema lo más coherente posible. «Lo que en el enigma de la vida se contiene como algo confuso con un haz retorcido de problemas, se eleva en la concepción del mundo a una conexión consciente y necesaria de problemas y soluciones.¹⁹ Además, esas soluciones se pretende “elevarlas a un saber de validez universal”».²⁰

17. Tesis: P. LXVI/2009. Ya citada.

18. VILLORO TORANZO, MIGUEL, *Filosofía del Derecho*, p. 5.

19. DILTHEY, WILHEM, «Los tipos de concepción del mundo y su desarrollo en los sistemas metafísicos», en el volumen VIII de sus obras.

20. *Ibidem*, p. 125.

La importancia de la cosmovisión reside en que, gracias a ella, podemos percibir la relación que existe entre todo sistema de pensamiento y las vivencias de aquellos que lo defienden. Más de un conversión filosófica y hasta religiosa se entiende mejor cuando se percibe que el sistema abrazado permite al converso justificar racionalmente sus vivencias.²¹

Como se advirtió anteriormente, el pretender conocer la verdad es acercarse a la cosa pero en el ámbito personalísimo se antoja verdaderamente una tarea harto difícil ya que no se advierte en apariencia la necesidad de conocerse a sí mismo («nosce te ipsum» decía el filósofo griego Sócrates). ¿Por qué? Porque solamente conociéndote a ti mismo podrás conocer tus facultades, debilidades, apetencias y en tratándose de buscar la realización personal sabrás si tu condición humana puede y quiere supeditarse a otra persona con la que vivas y en tratándose de una persona de sexo opuesto tengas el deseo de formar lo que se ha llamado tradicionalmente «la familia». En donde no solo viva el hombre y la mujer, sino en donde vivan los hijos. A los que se tiene el deber jurídico de educar en un ambiente de paz, tranquilidad y sobre todo amor, para el efecto de darle la oportunidad de tener esa enorme capacidad de internalizar valores que los llevarán a la posteridad con éxito en la vida alejados de las grandes debilidades que son los vicios en que ha caído nuestra sociedad, no solo mexicana sino me atrevería a señalar al mundo entero, en donde se vive una crisis de valores.

V. CONCLUSIONES

Este breve artículo solo pretende poner de relieve la existencia de los diversos criterios legislativos respecto de una misma institución dentro del mismo país como lo es México, incluyendo los criterios emitidos por los tribunales federales. Lo que si bien es cierto son obligatorios para todas las autoridades, tal como lo previene el artículo 192 de la Ley de Amparo, no menos cierto es que en la entidad federativa como lo es el Estado de México en donde existe una legislación diferente en el tema

21. VILLORO TORANZO, MIGUEL, *op. cit.*

abordado como lo es el matrimonio, dichos criterios solo son aplicables en lo substancial o esencial.

A lo largo de este artículo se propusieron dos interpretaciones del precepto legal que contiene la definición de «matrimonio». Lo que no significa de manera alguna que sean las únicas. Y la finalidad de tales interpretaciones –desde otra perspectiva– consiste en alzar la voz sobre la educación de nuestros ciudadanos en materias fundamentales como lo son aquellas ciencias que son parte del hombre, del ser humano. Nos referimos específicamente a las ciencias filosóficas que en nuestro criterio vienen a proporcionar al animal racional una plena justificación a su existencia. Y ya sea que busque a una pareja o no y decida contraer matrimonio, lo haga con plena conciencia y no por la terrible soledad que le agobia o bien por imitación, o por atracción física o por tantas otras razones menos por amor. Visto no solamente como una pasión, sino fundamentalmente como un valor profundamente humano que solamente puede tener alojo en quien desarrolla su intelecto de manera armónica y crece como persona –como se afirmó–, solo o acompañado con persona de distinto o igual sexo. Lo importante es tratar de conocerse y llegar a la autenticidad y solo hacer uso del Derecho para dar cumplimiento a las reglas que establece la ley para contraer matrimonio, registrar a sus hijos y todas esas formalidades necesarias para una mejor convivencia y sobre todo, orden.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES (1975): *Ética Nicomaquea*, Porrúa, México.
- DILTHEY, W. (1978): «Los tipos de concepción del mundo y su desarrollo en los sistemas metafísicos», en *Teoría de la concepción del mundo. Obras, VIII*, FCE, México.
- MÁRQUEZ MURO, D. (1990): *Lógica*, 14ª ed., ECLALSA, México.
- VILLORO TORANZO, M. (1978): *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México.

LAS COOPERATIVAS EN ESPAÑA

MARÍA JOSÉ SENENT VIDAL
Profesora titular de Derecho Mercantil
Universitat Jaume I de Castellón

I. INTRODUCCIÓN

La legislación cooperativa española refleja, como pocas, las vicisitudes sociales y políticas del periodo histórico en el que se ha desarrollado.¹ Son precisamente esos grandes cambios políticos los que suele utilizar la doctrina para establecer las diferentes etapas en la evolución de la regulación general de las cooperativas.²

Así, en una primera etapa, desde finales del siglo XVIII a la Segunda República, la efervescencia social y política hizo que comenzaran a aparecer referencias a las cooperativas en los textos legislativos y que se

1. VICENT CHULIÁ, F., «El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa», en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, 1981, pp. 1226-1227, y «La Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas Estatal», *RGD*, núm. 663, 1999, pp. 14561.

2. Pueden consultarse comentarios comparados de las diferentes normas reguladoras de las cooperativas en el Estado español en ALFONSO SÁNCHEZ, ROSALÍA, *La integración cooperativa y sus técnicas de realización: la cooperativa de segundo grado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 327-349; FAJARDO GARCÍA, I. - G., «El derecho cooperativo en España: incidencia de la Constitución de 1978», *CIRIEC-España*, núm. 11, octubre 1991, pp. 12-15; GADEA SOLER, ENRIQUE, *Evolución de la legislación cooperativa en España*, Consejo Superior de Cooperativas de Euskadi, Vitoria, 1999; LLOBREGAT HURTADO, MARÍA LUISA, *Mutualidad y empresas cooperativas*, José M^a Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 93-138; LUIS NAVAS, JAIME, «La evolución de las directrices fundamentales de la legislación cooperativa española (1931-1975)», en *Estudios Cooperativos*, núms. 36-37-38, mayo 1975/abril 1976, pp. 3-39; PANIAGUA ZURERA, MANUEL, *Mutualidad y lucro en la sociedad cooperativa*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 135-192; SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO, «Los conceptos de sociedad y empresa en la Ley de cooperativas», en *VVAA, Libro-homenaje a Ramón M. Roca Sastre*, t. III, Madrid, 1976, pp. 493-523; y VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, «Análisis crítico del nuevo Reglamento de cooperación», *RDM*, 1972, núm. 125-126, julio-diciembre, pp. 465 y 466.

realizaran sucesivos intentos de ubicarlas normativamente; estos intentos culminaron con la promulgación, en 1931, de la primera ley de cooperativas del Estado Español.

La segunda etapa comprende todo el periodo franquista de la organización del Estado, en la que se pueden observar dos fases: una inicial, en que la preocupación fundamental radica en someter el fenómeno social cooperativo a la jerarquía nacional-sindicalista; y una posterior, ya en las últimas décadas del régimen, en la que se llevan a cabo diversas reformas que tienden a adaptar la legislación cooperativa a una realidad marcada por el desarrollo económico y la apertura política.

En la tercera etapa, que se abre con la promulgación de la Constitución española de 1978, también pueden distinguirse periodos diferenciados. Inicialmente, el debate doctrinal y jurisprudencial se centró en una cuestión teórico-jurídica que afectaba, sin embargo, de manera directa al funcionamiento práctico de las cooperativas: la de si la competencia legislativa en materia de cooperativas ha de corresponder a las comunidades autónomas o se ha de considerar incluida entre las competencias exclusivas (legislación civil y mercantil, procesal, laboral...) del Estado. Dicha polémica, que no ha llegado a cerrarse en el ámbito doctrinal, podría considerarse obviada, al menos en parte, por los hechos: como veremos después, la mayor parte de las Comunidades Autónomas del Estado Español han ejercido la competencia legislativa que les atribuyen sus Estatutos de Autonomía, dotándose de leyes de cooperativas propias.

En la actualidad, en cambio, otros aspectos focalizan la atención tanto de los poderes públicos como del propio movimiento cooperativo que, dotado de potentes organizaciones representativas, no duda en tomar la iniciativa para proponer reformas normativas y políticas de fomento. Por una parte, como veremos, la promulgación de las Normas Internacionales de Contabilidad ha afectado notablemente a las cooperativas, que se ven en la tesitura de tener que modificar una de sus tradicionales características: la variabilidad de su capital social, como consecuencia del principio cooperativo de libre adhesión y baja voluntaria.

Otros aspectos relacionados con el posicionamiento de las cooperativas en la globalización de la economía tienen que ver con el ámbito

europeo del que España forma parte. Así, el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea abre, al menos potencialmente, nuevas posibilidades de desarrollo para las cooperativas españolas que quieran y puedan operar en el mercado de la Unión Europea. Pero, por otra parte, en los últimos años se han formulado dudas por algunos organismos europeos respecto de la corrección de las políticas de fomento de las cooperativas en relación con la libre competencia.³

Finalmente, no cabe duda de que uno de los asuntos que centran el mayor interés de administraciones y administrados/as en estos momentos es la forma de dotar a las cooperativas de recursos que les permitan superar la crisis económica internacional. Como es sabido, las cooperativas han demostrado sobradamente en el pasado que son excelentes herramientas para sortear las situaciones de cierre empresarial y del consiguiente crecimiento de la desocupación de las personas trabajadoras y de la inestabilidad social. Cuando los emprendedores con ánimo de lucro se retiran del mercado, el papel de la empresa social adquiere mayor relieve, con su reparto de esfuerzos y su fomento de la participación, a fin de resolver las necesidades e intereses comunes mediante la ayuda mutua.⁴ El reto estriba en conseguir que las cooperativas afronten la crisis sin renunciar a los principios y valores que las caracterizan.

3. Ver ALGUACIL MARÍ, M. P., «Condiciones del régimen de ayudas de Estado en la fiscalidad de las cooperativas», *Ciriec-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 69, octubre 2010, pp. 27-52, http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/6902_Alguacil.pdf.

4. Un ejemplo concreto y cuantificado de cómo las políticas de formación y empleo del Grupo Cooperativo Mondragón le están permitiendo afrontar mejor la crisis económica puede verse en BASTERRETxea MARKAIDA, IMANOL; ALBIZU GALLASTEGUI, ENEKA, «¿Es posible resistir a la crisis? Un análisis desde la gestión de las políticas de formación y empleo en Mondragón», *Ciriec-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 67, abril 2010, pp. 75-96, http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/6704_Basterretxea_y_Albizu.pdf.

Otros enfoques de salidas a la crisis económica mediante cooperativas y otras formas de economía social pueden verse en el número 100-Extraordinario 2010 de la revista *Revesco*, monográfico sobre «La respuesta de la Economía Social ante una crisis global», <http://www.ucm.es/info/revesco/EdicionElectronica.php?IdRevista=22>.

II. EL MOSAICO JURÍDICO-COOPERATIVO DEL ESTADO ESPAÑOL

El artículo 129.2 de la vigente Constitución Española (CE) establece que «Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas». Dicho mandato constitucional adquiere pleno sentido en el contexto de un Estado que se define como «social y democrático de Derecho» (art. 1.1. CE) y que pretende compaginar «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» (art. 38 CE) con la función social de la propiedad privada, que la delimita y la subordina a la «utilidad pública» y al «interés social» (art. 33 CE). Se trata, en definitiva, de que el legislador constituyente ha considerado adecuado compatibilizar la economía de mercado y la libertad empresarial con el fomento de la existencia y funcionamiento de cooperativas, en tanto que «empresas con alma». ⁵

La explicación de esta opción constitucional queda más patente a medida que se pone en valor la denominada «responsabilidad social empresarial» (RSE). Desde la óptica del movimiento internacional que reclama de las corporaciones empresariales un compromiso con la sociedad que las hace posibles, las cooperativas se consideran como fórmulas especialmente adecuadas para llevar a cabo actividades empresariales por tratarse de empresas dotadas de unos principios. ⁶

Pero para entender plenamente el marco jurídico-cooperativo del Estado español se ha de tomar en consideración, además, otra de las opciones del legislador constitucional de 1978, ya mencionada: la organización administrativa y territorial en comunidades autónomas. Las 17 comunidades autónomas ⁷ en que se estructura el Estado español tienen compe-

5. <http://www.ica.coop/es/index.html>, 02/03/11, 18:35.

6. SENENT VIDAL, M. J., «Perspectiva de género en la responsabilidad social empresarial cooperativa», en VVAA, *La economía social como polo de utilidad social*, 2007, y «Principios cooperativos, equidad de género y gobierno corporativo», en VVAA, *Innovación y Management: las respuestas a los grandes desafíos de las empresas de la economía pública, social y cooperativa. Actas del 27 Congreso Internacional CIRIEC*, 2008.

7. http://es.wikipedia.org/wiki/Comunidad_autónoma, 02/03/11, 18:37.

tencia para dotarse de ley de cooperativas propia,⁸ competencia que la mayoría de ellas (Andalucía, Aragón, Asturias, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad de Madrid, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Murcia, Navarra, La Rioja y País Vasco) ya ha llevado a la práctica. Además, para las cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias comunidades autónomas (salvo cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal) y para las cooperativas de Ceuta y Melilla se promulgó por las Cortes Generales del Estado la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (BOE núm. 170, de 17.7.1999; en adelante, Lcoop).⁹

Por otra parte, según la actividad a que se dedique cada cooperativa, puede verse regulada por otra normativa específica o sectorial. Así, las cooperativas de crédito cuentan con la Ley 13/1989, de 26 de mayo (BOE núm. 29, de 31/05),¹⁰ y su Reglamento de desarrollo (RD 84/1993, de 22/01); y algunas otras disposiciones de carácter autonómico. Por su parte, las cooperativas de seguros son objeto de regulación específica en el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre). Las cooperativas de transporte y de transportistas han de cumplir las normas para ellas previstas en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y sus normas de desarrollo.

Por lo que respecta a la normativa de fomento del cooperativismo, una de sus principales manifestaciones es la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas (BOE núm. 204, de 20/12/1990),¹¹ que les otorga un tratamiento favorable en atención a «su función social». A ello se ha de añadir una variada normativa de ayudas y subvenciones para su fomento que tanto la Administración del Estado como las Administraciones Autonómicas vienen promulgando.

8. http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/legislacion/leyesCoopAutonomicas.htm 02/03/11, 18:49.

9. http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/legislacion/ley27-99.htm, 02/03/11, 18:44.

10. http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/legislacion/ley13-89.htm, 02/03/11, 18:46.

11. http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/EconomiaSocial/legislacion/ley20-89.htm, 02/03/11, 18:46.

Finalmente, este mosaico jurídico-cooperativo ha de completarse, por una parte, con la Ley de la Sociedad Cooperativa Europea (SCE) domiciliada en España; y, por otra, con el proyecto de ley de economía social, ambas actualmente en tramitación parlamentaria.¹²

El Estatuto de la SCE se estableció mediante el Reglamento (CE) 1435/2003, de 22 de julio, del Consejo de la Unión Europea,¹³ completado con la Directiva 2003/72/CE del Consejo en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Esta última fue incorporada a nuestra legislación interna mediante la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. Para la concreción de los aspectos del Estatuto de la SCE que el Reglamento 1435/2003 remite al desarrollo por parte del Estado miembro, se acaba de publicar la Ley 3/2011, de 4 de marzo, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España.¹⁴

En cuanto al proyecto de Ley de economía social,¹⁵ con toda seguridad, incluirá a las cooperativas entre las entidades que conforman el «tercer sector» de la economía (entre el sector público y el privado). Como se ha indicado, «los objetivos que se plantean con esta ley son, visualizar la economía social como uno de los sectores institucionales del sistema económico español; definir las características de este sector y determinar los diferentes agentes que la integran; crear instrumentos legales de contabilización de dichas entidades y sus magnitudes; establecer un mandato expreso a los poderes públicos de fomento de la economía social, y reconocer a este sector como interlocutor con los poderes públicos».¹⁶

12. Ambos proyectos de ley fueron aprobados el pasado 21/02/2011 por la Comisión de Trabajo e Inmigración del Senado, quedando pendientes de su votación por el Pleno.

13. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:207:0001:024:es:pdf>.

14. <http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/08/pdfs/BOE-A-2011-4288.pdf>, 08/03/11, 17:44.

15. http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Boletin_Congreso_Proyecto_ley_Econo_Social.pdf, 02/03/11, 18:42.

16. FAJARDO GARCÍA, G., «La economía social en las leyes», *Ciriec-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 66, p. 32. http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/6601_Fajardo.pdf.

III. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LAS COOPERATIVAS ESPAÑOLAS

III.1. El concepto de «cooperativa». Los principios cooperativos

Según el art. 1.1 de la Lcoop, «la cooperativa es una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional en los términos resultantes de la presente Ley».

Así pues, estamos ante una persona jurídica del tipo agrupación de personas, que se reúnen con el objeto de satisfacer sus necesidades e intereses comunes, de carácter económico y social. Para cumplir dicha finalidad la cooperativa puede realizar cualesquiera actividades económicas lícitas, por lo que no cabe duda de su carácter de empresa, a la que le será de aplicación la legislación empresarial vigente (fiscal, laboral, administrativa...).

En cuanto a la libre adhesión y baja voluntaria de las personas socias y a la estructura y funcionamiento democráticos, se trata de características derivadas de la observancia de los mencionados principios cooperativos. Como es sabido, su formulación vigente, elaborada por la Alianza Cooperativa Internacional en 1985 en su Congreso de Manchester, incluye los siguientes: 1º, adhesión voluntaria y abierta; 2º, gestión democrática por parte de los socios; 3º, participación económica de los socios; 4º, autonomía e independencia; 5º, educación, formación e información; 6º, cooperación entre cooperativas; y 7º, interés por la comunidad.¹⁷

Su origen histórico «prelegislativo», su carácter marcadamente ético y su misma denominación («principios») pueden llevar a pensar, en una primera aproximación, que se trata de normas metajurídicas. Sin embargo, se ha de tener en cuenta que todas las leyes cooperativas del Estado

17. ACI, 1985: <http://www.ica.coop/coop/principles.html>.

español asumen de manera explícita, aunque con diferentes fórmulas, que la estructura y el funcionamiento de las cooperativas por ellas reguladas han de ajustarse a los principios cooperativos.¹⁸ Siendo, pues, verdaderas normas jurídicas, se debate por la doctrina si lo son con rango legislativo o en calidad de principios generales del derecho, informadores solo de manera implícita de la regulación cooperativa.¹⁹ Sea como sea, su carácter definitorio del modelo cooperativo los convierte en el equivalente de los denominados «principios configuradores» de los tipos societarios capitalistas, de «bases esenciales» de la cooperativa.²⁰

Además, como se ha indicado,²¹ las cooperativas son entidades mutualistas, porque sus personas socias son las propias destinatarias de la actividad económica desarrollada. En ellas (como en las mutuas, en las mutualidades y en las sociedades de garantía recíproca) la participación de las personas socias en la actividad económica es, a un tiempo, un derecho y un deber. Y, como consecuencia de tal participación, la actividad económica «se realiza con un ánimo distinto al que mueve a las sociedades mercantiles. No se busca obtener el máximo beneficio de esa actividad (lucro objetivo), sino el mejor provecho para el socio, lo que normalmente repercutirá en un menor beneficio para la cooperativa (máxima retribución al trabajo del socio, menor coste al consumo del socio, o máxima retribución por la provisión de bienes si estos los aporta el socio). Por ello, si se obtienen excedentes de esa actividad, se re-

18. SENENT VIDAL, M. J., «La regulación jurídica de las cooperativas desde una perspectiva de género», en *La economía social. Desarrollo humano y económico. III Congreso de la Red RULESCOOP*, p. 319.

19. Ver, por ejemplo, MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. «Un nuevo reto para el derecho cooperativo: la sociedad cooperativa especial de Extremadura», *Revista de Derecho de sociedades*, 2007-1, núm. 28, pp. 439-450; MONGE GIL, ÁNGEL L., «Algunas reflexiones a propósito y sobre la Ley de cooperativas de Aragón», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232, abril-junio 1999, pp. 723-754; MORILLAS JARILLO, M^a JOSÉ y FELIU REY, MANUEL I., *Curso de cooperativas*, 2002; TRUJILLO DÍEZ, IVÁN J., «El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas», RCDI, núm. 658, 2000, pp. 1329-1360.

20. SENENT VIDAL, MARÍA JOSÉ, *La impugnació dels acords socials a la cooperativa*, pp. 131 y 132.

21. FAJARDO GARCÍA, G., «Capítulo I. Concepto, naturaleza, clases y legislación aplicable a las cooperativas», en VVAA, *Cooperativas. Régimen jurídico y fiscal*, p. 18.

tornan a los socios, y si el resultado es negativo, las pérdidas suelen imputarse al socio, sobre todo si no hay reservas con las que cubrir-las».

III.2. Las clases de cooperativas. Las secciones

La amplitud del concepto de «cooperativa» y su larga trayectoria histórica han permitido la creación de cooperativas de muy variada índole, que pueden clasificarse atendiendo a diferentes criterios. Si tomamos en consideración su base social, esto es, el tipo de personas que la constituyen, nos encontramos con cooperativas de primer grado y cooperativas de segundo grado. Actualmente, «el criterio que permite diferenciar una cooperativa de primer grado de otra de segundo grado, es que la primera está constituida principalmente por personas físicas, mientras que la segunda está constituida por personas jurídicas, y necesariamente tendrá dos cooperativas».²²

Pero la clasificación más usual, utilizada por todas las leyes de cooperativas del Estado español es la que atiende a la clase de actividad que constituye su objeto social. De acuerdo con ella, la Lcoop distingue las siguientes:

- Cooperativas de trabajo asociado, que «tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, [...] a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros».
- Cooperativas de consumidores y usuarios, que suministran «bienes y servicios adquiridos a terceros o producidos por sí mismas, para uso o consumo de los socios y de quienes con ellos conviven, así como la educación, formación y defensa de los derechos de sus socios en particular y de los consumidores y usuarios en general».

22. *Ibidem*, p. 21.

- Cooperativas de viviendas, cuya finalidad básica es proporcionar que alojamiento y/o locales a las personas físicas socias y a las que con ellas convivan; así como a los entes públicos y las entidades sin ánimo de lucro que precisen alojamiento para personas dependientes de ellos, o locales para desarrollar sus actividades. También pueden tener como objeto, incluso único (en cuyo caso podrán ser socias cualquier tipo de personas), «el procurar edificaciones e instalaciones complementarias para el uso de viviendas y locales de los socios, la conservación y administración de las viviendas y locales, elementos, zonas o edificaciones comunes y la creación y suministros de servicios complementarios, así como la rehabilitación de viviendas, locales y edificaciones e instalaciones complementarias».
- Cooperativas agrarias, que asocian a titulares de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, a fin de realizar «todo tipo de actividades y operaciones encaminadas al mejor aprovechamiento de las explotaciones de sus socios [...] y a la mejora de la población agraria y del desarrollo del mundo rural».
- Cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, que «asocian a titulares de derechos de uso y aprovechamiento de tierras u otros bienes inmuebles, susceptibles de explotación agraria, que ceden dichos derechos a la cooperativa y que prestan o no su trabajo en la misma, pudiendo asociar también a otras personas físicas que, sin ceder a la cooperativa derechos de disfrute sobre bienes, prestan su trabajo en la misma, para la explotación en común de los bienes cedidos por los socios y de los demás que posea la cooperativa por cualquier título».
- Cooperativas de servicios, que asocian a «titulares de explotaciones industriales o de servicios y a profesionales o artistas que ejerzan su actividad por cuenta propia, y tienen por objeto la prestación de suministros y servicios, o la producción de bienes y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios».

- Cooperativas del mar, que asocian a «personas físicas o jurídicas titulares de explotaciones dedicadas a actividades pesqueras o de industrias marítimo-pesqueras y derivadas, en sus diferentes modalidades del mar, rías y lagunas marinas, y a profesionales por cuenta propia de dichas actividades, y tienen por objeto la prestación de suministros y servicios y la realización de operaciones, encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios».
- Cooperativas de transportistas, que asocian a «titulares de empresas del transporte o profesionales que puedan ejercer en cualquier ámbito, incluso el local, la actividad de transportistas, de personas o cosas o mixto, y tienen por objeto la prestación de servicios y suministros y la realización de operaciones, encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios».
- Cooperativas de seguros, que ejercen la actividad aseguradora a favor de sus socios, «en los ramos y con los requisitos establecidos en la legislación del seguro».
- Cooperativas sanitarias, que «desarrollan su actividad en el área de la salud, pudiendo estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la misma o por unos y otros. Podrán realizar también actividades complementarias y conexas incluso de tipo preventivo, general o para grupos o colectivos determinados». En función de quienes sean los socios, a estas cooperativas les serán de aplicación las normas establecidas para las de trabajo asociado, las de servicios o las de consumidores y usuarios.
- Cooperativas de enseñanza, que desarrollan «actividades docentes, en sus distintos niveles y modalidades. Podrán realizar también, como complementarias, actividades extraescolares y conexas, así como prestar servicios que faciliten las actividades docentes». También a estas cooperativas, en función de quienes sean los socios, les serán de aplicación las normas establecidas para las de trabajo asociado o las de consumidores y usuarios.

- Cooperativas de crédito, que tienen por objeto «servir a las necesidades financieras de sus socios y de terceros, mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito».

Además, la Lcoop prevé otros tipos de cooperativas:

- Las «cooperativas integrales», que tienen una actividad cooperativizada «doble o plural, cumpliendo las finalidades propias de diferentes clases de cooperativas en una misma sociedad». Como se ha indicado, «pueden coexistir distintas actividades en socios de la misma naturaleza [...] o [...] en una actividad socios de distinta naturaleza».²³
- Las denominadas «cooperativas de iniciativa social» que, «sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufran cualquier clase de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado».²⁴

23. *Ibidem*, p. 25. Se ha de tener en cuenta que en diversas leyes autonómicas estas cooperativas reciben distinta denominación: «cooperativas polivalentes», «cooperativas mixtas»...

24. En este caso, la legislación autonómica regula figuras aproximadamente equivalentes, con diversas denominaciones y con características y requisitos que varían de unos textos legales a otros. Para un mayor detalle, ver los trabajos de ÁLVAREZ VEGA, M^a ISABEL, «Las empresas de Inserción Social como nueva forma de organización empresarial. Especial referencia a su régimen jurídico», CIRIEC-España, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 31, junio 1999, pp. 47-84; PANIAGUA ZURERA, MANUEL, «Las sociedades cooperativas de integración social y de iniciativa social, y el voluntariado social», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 15, 2000, pp. 411-433; PANIAGUA ZURERA, MANUEL, «Las empresas de inserción en la Ley estatal 44/2007, de 13 de diciembre, reguladora de las empresas de inserción», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 49, 2008, pp. 9-59, y Senent Vidal, María José, «Las cooperativas como empresas de inserción social», CIRIEC-España, *Revista Jurídica de Economía Social y Cooperativa*, núm. 15, 2004, pp. 109-127.

- Las cooperativas mixtas, que son «aquellas en las que existen socios cuyo derecho de voto en la asamblea general se podrá determinar, de modo exclusivo o preferente, en función del capital aportado en las condiciones establecidas estatutariamente, que estará representado por medio de títulos o anotaciones en cuenta y que se denominarán partes sociales con voto, sometidos a la legislación reguladora del mercado de valores».

Finalmente, en el seno de las cooperativas pueden constituirse secciones, «que desarrollen, dentro del objeto social, actividades económico-sociales específicas con autonomía de gestión, patrimonio separado y cuentas de explotación diferenciadas, sin perjuicio de la contabilidad general de la cooperativa». Las secciones se vienen utilizando en cooperativas de viviendas que realicen diferentes promociones y, sobre todo, en las cooperativas agrarias, para la organización de diferentes actividades de manera que permitan a sus socios optar por su adscripción a las que les interesen.

Ejemplo paradigmático de ello son las secciones de crédito, creadas por muchas cooperativas agrarias a fin de prestar un doble servicio: el de oficina bancaria para sus socios y el de captadora de recursos financieros para la propia cooperativa. Las secciones de crédito de las cooperativas agrarias han tenido un extraordinario desarrollo en varias comunidades autónomas, algunas de las cuales han llegado a regularlas de manera específica.²⁵

25. Es el caso de la Ley de la Generalitat de Cataluña 6/1998, de 13 de mayo, de Regulación del Funcionamiento de las Secciones de Crédito de las Cooperativas de Cataluña; y de la Ley de la Generalitat Valenciana 8/1985, de 31 de mayo, de Regulación de la Actuación Financiera de las Cooperativas con Sección de Crédito en la Comunidad Valenciana.

III.3. Las personas socias. Otras personas relacionadas con la cooperativa

En las cooperativas españolas tienen derecho a ser socias las personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas y, según algunas leyes, también las comunidades de bienes) que, estando interesadas en y pudiendo realizar la actividad cooperativizada, cumplan los requisitos de carácter objetivo establecidos en los estatutos sociales. Entre los requisitos para acceder a la condición de persona socia estará la realización de una aportación obligatoria al capital social. A estas personas se les suele denominar «socios/as cooperadores/as» (o «comunes» u «ordinarios»), para distinguirlos de otros tipos de personas socias o de otras personas que pueden participar en las cooperativas, en la medida en que lo prevean su legislación aplicable y los estatutos sociales de cada entidad.

Así, la LCoop define a los socios colaboradores como aquellas «personas físicas o jurídicas, que, sin poder desarrollar o participar en la actividad cooperativizada propia del objeto social de la cooperativa, pueden contribuir a su consecución», realizando una aportación al capital y, en algunos casos, participando con voz y voto en sus órganos sociales. En cualquier caso, tanto las aportaciones como la participación de los socios colaboradores están sometidas a límites a fin de evitar que este colectivo pueda llegar a determinar el funcionamiento de la cooperativa. En algunas leyes autonómicas, en lugar de los socios colaboradores se regulan figuras similares con denominación diferente: *asociados*; *socios inactivos*; *socios excedentes*... Todas estas figuras tienen en común con los socios colaboradores que no realizan actividad cooperativizada, pero sí que hacen aportaciones al capital. De hecho, uno de los motivos que llevan a su creación es el de permitir que la cooperativa se beneficie de financiación facilitada por personas con interés en colaborar, ya se trate de ex-socios/as o de terceros.

También se admite en varias leyes cooperativas la posibilidad de que los estatutos regulen los denominados «vínculos sociales de duración determinada». La admisión de estos «socios de duración determinada» está, por lo general, limitada a un determinado porcentaje respecto del colectivo de «socios de duración indeterminada» (20% en la LCoop); y

su aportación al capital también es proporcional (10% de la de los socios «indeterminados», según la LCoop) y suele ser reintegrable en el momento en que se cause baja. Además, algunas leyes establecen otros límites y especialidades en su régimen jurídico: porcentaje máximo de votos en la asamblea general, periodo máximo de vinculación temporal, etcétera.

Mención especial requiere la relación de las personas socias de las cooperativas de trabajo asociado (en adelante CTA), que reciben la denominación de «socio/a trabajador/a». En las CTA los/as socios/as, además de realizar su aportación al capital social, aportan «trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo». Es por ello que se les exige, para su admisión, que tengan capacidad legal para «contratar la prestación de su trabajo». Y por ello también, aunque las leyes cooperativas suelen admitir, en general, como socias, a las personas jurídicas, dicha posibilidad no se aplica a las CTA, ya sea por exclusión directa (solo se admiten como socios/as personas físicas) o porque queda claro que los/as socios/as tienen que aportar su trabajo personal. No obstante, en algunos textos normativos se prevé la posibilidad de que determinadas administraciones públicas formen parte de CTA, sobre todo cuando estas se dedican a la prestación de servicios públicos.

En cualquier caso, la relación del socio/a trabajador/a con la cooperativa es societaria (art. 81.1 LCoop), no de trabajo por cuenta ajena, por lo que su régimen jurídico queda sujeto a las normas cooperativas, sin que les sea de aplicación el Estatuto de los Trabajadores ni los convenios colectivos, salvo acuerdo expreso en tal sentido de la propia cooperativa. Y precisamente por ello las condiciones de su prestación de trabajo en la cooperativa han de quedar reguladas, ya sea en los estatutos sociales ya sea en un eventual reglamento de régimen interno o, al menos, mediante acuerdos adoptados por la asamblea general.

En las CTA los estatutos sociales pueden prever la admisión de socios/as en situación de prueba, por un periodo limitado temporalmente. A la persona socia en periodo de prueba se le reconoce con habitualidad una buena parte de los derechos y deberes de los socios «definitivos»; pero también es normal que se establezca la posibilidad de rescisión unilateral de la relación, tanto por su parte como por la cooperativa, y algunos

límites y especialidades relacionados con el derecho de voto, con el sufragio activo a cargos sociales, con la obligatoriedad de realizar aportaciones al capital y, correlativamente, con la imputación de pérdidas o de retornos cooperativos.

En la CTA tienen, además, un tratamiento diferenciado los trabajadores por cuenta ajena. Aunque en ella la prioridad es promover la entrada de personas socias, se dan diferentes circunstancias que pueden justificar la contratación de personas trabajadoras no socias, ya sea con carácter temporal, ya con carácter fijo o indefinido: la sustitución temporal de socios/as, la atención al aumento de necesidades de producción, la creación de nuevos puestos de trabajo para los que, por sus características, la cooperativa todavía no tienen candidatos/as a socio/a... En tales casos, la legislación cooperativa prevé cuáles son los límites a la contratación de trabajadores asalariados que, por lo general, no podrán exceder en un determinado porcentaje el número de personas socias.

A tales trabajadores/as, sobre todo cuando son contratados/as por tiempo indefinido, se les suele reconocer determinados derechos aunque, la mayor parte de las veces, se requiere que la cooperativa los haya regulado en sus estatutos. Así, por ejemplo, se puede establecer un procedimiento específico para que accedan a la condición de socio/a (con exención del periodo de prueba; art. 80.8 LCoop); una representación propia en el órgano de administración (art. 33 Lcoop); o la percepción de una retribución anual en función de los resultados económicos del ejercicio (art. 58.5 Lcoop).

Finalmente, los estatutos sociales de las cooperativas que no sean CTA o de explotación comunitaria de la tierra pueden prever la admisión de socios de trabajo: personas físicas, cuya actividad cooperativizada consistirá en la prestación de su trabajo personal en la cooperativa. A estas personas socias les serán de aplicación, con ciertas salvedades, las normas establecidas para los socios trabajadores de las CTA.

III.4. La organización de la cooperativa

Las cooperativas, como otras personas jurídicas, se estructuran internamente mediante órganos sociales, que les permiten formar y manifestar su voluntad, y ejecutarla. Las leyes cooperativas indican cuáles son los órganos que necesariamente ha de tener cada cooperativa; por lo general, son:

- a) La asamblea general, reunión de todas las personas socias, que tiene por finalidad deliberar y tomar acuerdos en las materias que son de su competencia, y en aquellas otras que considere de interés para la cooperativa y que la ley no atribuya a otro órgano. Los acuerdos de la asamblea obligan a todas las personas socias, incluso a quienes se encuentren ausentes o hayan votado en contra. No obstante, las personas socias no conformes con determinados acuerdos de la asamblea general pueden darse de baja, que será calificada como justificada.

La asamblea general ha de reunirse, como mínimo, una vez al año para examinar la gestión de la cooperativa durante el ejercicio anterior y, en su caso, aprobar las cuentas anuales y la distribución de los excedentes o la imputación de las pérdidas, pudiéndose añadir otros puntos a su orden del día. Esta asamblea se denomina «ordinaria».

- b) El órgano de administración, mediante el cual se realizan las tareas de gobierno, representación y gestión de la cooperativa. Por lo general adopta forma de órgano colegiado (formado por varias personas que toman sus decisiones por mayoría), denominándose entonces «consejo rector». No obstante, la legislación cooperativa suele prever la posibilidad de que el órgano de administración adopte otras formas no colegiadas: un administrador único, dos administradores que actúen solidaria o mancomunadamente...

El presidente y el secretario del consejo rector actúan, por lo general, como presidente y secretario de la cooperativa. Además, el consejo rector puede tener delegadas parte de sus facultades en una comisión ejecutiva o en un consejero delegado.

- c) Los liquidadores, cuando la cooperativa se disuelva. También se establece la posibilidad de que la cooperativa, voluntariamente, se dote de otros órganos, requiriéndose entonces su regulación en los estatutos. Algunos ejemplos de órganos voluntarios previstos en la legislación cooperativa española son:
- d) La comisión de recursos, encargada, en cooperativas de tamaño medio o grande o de cierta complejidad organizativa, de resolver los recursos que los socios puedan plantear frente a determinados acuerdos.
- e) El comité social: cuya función es asesorar e informar al órgano de administración en las materias que afecten a la prestación de trabajo. En algunos casos, su informe será preceptivo. Finalmente, también pueden intervenir en el funcionamiento de la cooperativa otros colaboradores, como:
- f) La dirección: cuando la cooperativa se dota de ella, es designada por el consejo rector y tiene encomendada la gestión empresarial ordinaria, con sujeción a la política general fijada por la asamblea y a las directrices de gestión establecidas por el consejo rector en aplicación de tal política. Su nombramiento suele inscribirse en el registro de cooperativas mediante escritura pública de apoderamiento, en la que figurarán las facultades que el consejo rector le haya delegado. Puede ocupar el cargo de director/a una persona socia o no socia; también se ha planteado doctrinalmente la posibilidad de que la dirección se ejerza por varias personas, colegiadamente o no. En cualquier caso, el cargo de director/a es incompatible con el de miembro del órgano de administración.
- g) La intervención, o la auditoría externa: la revisión de las cuentas anuales y del informe sobre la gestión del ejercicio económico puede estar encomendada a personas socias interventoras o a profesionales auditores/as externos/as; en uno u otro caso, su nombramiento y, en su caso, revocación, corresponde a la asamblea general.
- h) El letrado asesor: algunas leyes cooperativas prevén que determinadas cooperativas (con un cierto volumen económico, o que realicen determinado tipo de operaciones) deban nombrar a una per-

sona licenciada en derecho como «letrado/a asesor/a», encargado de dictaminar si se ajustan a derecho los acuerdos de mayor trascendencia.

Por lo demás, en las cooperativas de todo tipo coexisten dos estructuras de funcionamiento: la política, o de gobierno (que acabamos de ver), y la técnica, o de gestión. Pero, a diferencia de la primera, la estructura de gestión de la empresa cooperativa no cuenta con una regulación detallada.

Las facultades de gestión empresarial están atribuidas legalmente al órgano de administración, quien, a su vez, puede delegarlas, en parte, en alguno/a (consejero/a delegado/a) o algunos/as (comisión ejecutiva) de sus miembros, o encomendarlas a la dirección. No obstante, se ha de tener presente que algunas facultades de gestión del órgano de administración suelen considerarse indelegables (fijar las directrices generales, controlar el ejercicio de las facultades delegadas, presentar las cuentas anuales a la asamblea, etc.) y que, en todo caso, siempre es conveniente atender al correspondiente acuerdo de nombramiento y apoderamiento, a fin de determinar cuáles son las competencias otorgadas en cada caso.

Así pues, sea el propio órgano de administración o sea algún órgano delegado o la dirección, quien ejerza las funciones de gestión y dirección de la cooperativa será la cabeza visible y la detentadora de la máxima responsabilidad de la estructura técnica o de gestión. Entre la dirección y las personas socias y trabajadoras de la cooperativa, en función del tamaño y de la complejidad de su actividad empresarial, pueden encontrarse además diferentes niveles de cargos técnicos intermedios: dirección financiera, dirección de personal, dirección de producción, sus respectivos equipos, etc.

En la cooperativa, como en cualquier otra empresa, la estructura técnica ejerce competencias y facultades respecto de la gestión del giro y tráfico empresarial que no están sometidas a un control inmediato y directo de la estructura política, ni a decisiones de carácter democrático. El control se efectúa de manera mediata, con la supervisión periódica que el órgano de administración ha de hacer de sus competencias

delegadas; será en la medida en que el ejercicio de tales facultades no se considere correcto que podrán revocarse los nombramientos de la estructura de gestión e incluso exigirse responsabilidades. Mientras tanto, las decisiones técnicas no tienen por qué someterse a procedimientos colegiados, sino jerárquicos, en función de la organización empresarial de que se haya dotado la cooperativa.

En la CTA en particular, la estructura de gestión adquiere una especial importancia, ya que sobre ella descansa la organización del trabajo, tanto de las personas trabajadoras asalariadas como de las socias trabajadoras. Todas ellas, en los asuntos relacionados con su prestación de trabajo y dentro del marco establecido por la ley de cooperativas correspondiente y de los estatutos sociales, quedan obligadas a cumplir las directrices de la dirección que, incluso, puede llegar a sancionarles y proponer su expulsión.

Un último aspecto reseñable del funcionamiento orgánico de las cooperativas españolas es una ya consolidada práctica de recurrir al arbitraje y a otras técnicas de resolución alternativa de conflictos para dirimir «las discrepancias o controversias que puedan plantearse» en su seno. En ese sentido, «dado el carácter negocial y dispositivo de los acuerdos sociales, no quedan excluidas» de arbitrabilidad «ni las pretensiones de nulidad de la asamblea general, ni la impugnación de acuerdos asamblearios o rectores; pero el árbitro no podrá pronunciarse sobre aquellos extremos que, en su caso, estén fuera del poder de disposición de las partes» (disp. ad. 10ª Lcoop). Para ello, diversas comunidades autónomas han constituido entidades encargadas de administrar arbitraje cooperativo a las entidades y/o a las personas socias que así lo soliciten.²⁶

26. Ver, en particular, las actividades desarrolladas por el Servicio Vasco de Resolución Extrajudicial de Conflictos en Cooperativas BITARTU (<http://www.csce-ekgk.coop/bitartu.php>, 02/03/11, 18:56), y Foment del Cooperativisme, Fundació de la Comunitat Valenciana FOCOOP (<http://www.focoop.es/>, 02/03/11, 12:58).

III.5. El régimen económico

La cooperativa inicia y mantiene su actividad económica gracias a las aportaciones económicas de las personas socias y, en su caso, de las asociadas. El fondo común constituido con ellas se denomina «capital social». Veremos ahora algunos de sus trazos característicos.

Las aportaciones a capital de las personas socias y asociadas se realizan, por lo general, en moneda de curso legal, siendo denominadas «aportaciones dinerarias». Pero también puede permitirse, legal y estatutariamente, la posibilidad de efectuar aportaciones no dinerarias, consistentes en la aportación de bienes y/o derechos valorables económicamente; en tales casos, la legislación cooperativa prevé los requisitos y procedimientos que garanticen su correcta valoración y su efectiva aportación, sin vicios o defectos ocultos.

La aportación que la persona socia debe realizar necesariamente a su ingreso en la cooperativa recibe el nombre de «aportación obligatoria»; es, en principio, igual para todos/as o proporcional a su actividad cooperativizada. Por ello, quienes ingresen con posterioridad a la constitución de la cooperativa no pueden ser obligados a realizar aportaciones superiores al valor actualizado de las realizadas por las personas socias de mayor antigüedad. Lo que sí puede acordar la asamblea general es la exigencia de nuevas aportaciones obligatorias, para todos/as (requiriéndose en algunas leyes una mayoría cualificada para ello), en cuyo caso, la persona socia disconforme con el acuerdo puede darse de baja, que se calificará como justificada.

La asamblea general (y, en algunos casos, el consejo rector) también puede aprobar la admisión de aportaciones voluntarias al capital social por parte de las personas socias y, en su caso, de las asociadas, cuyas características específicas (forma de suscripción y desembolso, plazo de restitución a los socios, retribución, etc.) se determinarán en el mismo acuerdo, dentro de los límites que establezca cada ley aplicable. Esta indicará también en qué supuestos pueden transformarse las aportaciones voluntarias en obligatorias.

Se reconoce, así mismo, la posibilidad de que las aportaciones al capital de la cooperativa reciban una retribución, consistente, por lo

general, en un porcentaje de interés anual respecto de la cuantía aportada. Como hemos visto, para las voluntarias será el acuerdo de su admisión la que la establezca, en su caso. La retribución de las aportaciones obligatorias debe estar prevista estatutariamente, estará condicionada a que se hayan producido resultados económicos positivos en el ejercicio y suele estar sujeta a un límite máximo (habitualmente, varios puntos por encima del interés legal del dinero).

En cuanto al capital social de la cooperativa, como el cumplimiento del compromiso de aportación de los socios puede estar aplazado hasta en un 75% de su cuantía, hablaremos de capital suscrito cuando nos refiramos al total de las aportaciones comprometidas, mientras que la cifra de capital realmente aportada en cada momento será el capital desembolsado.

Por otra parte, dado que en las cooperativas rige el principio de libre adhesión y baja voluntaria, la cifra de capital puede variar constantemente, en virtud de las altas y bajas de socios y asociados que se produzcan, por lo que se dice que el capital de la cooperativa es un capital variable, a diferencia del de las sociedades mercantiles, en las que la modificación del capital requiere el acuerdo de su junta general y los trámites de una modificación estatutaria.

Precisamente, debido a esta variabilidad del capital de la cooperativa, sus estatutos han de expresar la cifra de capital social mínimo estatutario, por debajo del cual la cooperativa no puede continuar funcionando. Por ello, la legislación cooperativa establece un periodo máximo, superado el cual, si la cooperativa ni recupera la cifra de capital social hasta el mínimo estatutario ni procede a la correspondiente modificación estatutaria de reducción, ha de disolverse. Diversas leyes de cooperativas también establecen un capital mínimo legal, que es la cuantía que como mínimo habrá de tener el capital de cualquier cooperativa para poder constituirse y funcionar (p. e., la LCCV lo fija en 3.000 €).

No obstante todo ello, en los últimos años se ha producido, tanto a nivel internacional como interno, una profunda revisión de las normas contables de las personas jurídicas empresarias que ha afectado radicalmente a las cooperativas. En efecto, «con la promulgación del Reglamento CE núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, la

Unión Europea formalmente adoptó las Normas Internacionales de Contabilidad, casi más conocidas en España por sus siglas NIC (en inglés IAS), como referente para la homogeneización de la información financiera empresarial europea». ²⁷ Las NIC incluyen, en particular, la número 32, que lleva a calificar las aportaciones al capital social cooperativo como parte del pasivo exigible (al equipararse la exigibilidad de su reembolso con la devolución de un préstamo). Al pasar de ser consideradas como parte del activo de la cooperativa (y por tanto, de su garantía frente a terceros) a convertirse en deuda, exigible, la entidad queda minusvalorada a la hora de su actuación en el tráfico económico (especialmente, a la hora de obtener financiación externa).

Esa ha sido la razón que ha llevado al legislador estatal a modificar la Lcoop²⁸ a fin de dotar de una mayor estabilidad al capital social cooperativo y, con ello, de una mejor apariencia de solidez empresarial. Para ello, se diferencia entre aportaciones con derecho a reembolso en caso de baja (aportaciones de carácter variable) y aportaciones «cuyo reembolso en caso de baja pueda ser rehusado incondicionalmente por el Consejo Rector» («aportaciones de carácter fijo»). Además, «los estatutos podrán prever que cuando en un ejercicio económico el importe de la devolución de las aportaciones supere el porcentaje de capital social que en ellos se establezca, los nuevos reembolsos estén condicionados al acuerdo favorable del Consejo Rector». Como se ha indicado, ²⁹ esta opción legislativa, bastante discutida internamente, si bien ayuda a eliminar algunos de los problemas planteados por la NIC 32, abre otros

27. VARGAS VASSEROT, CARLOS, «Los previsible efectos de la NIC 32 en el sector cooperativo», *Revesco*, núm. 91, p. 123.

28. La modificación se ha introducido mediante la Disposición adicional cuarta de la Ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en Materia Contable. Algunas leyes cooperativas también han introducido las correspondientes modificaciones. Ver al respecto el Decreto Ley 1/2011, de 15 de febrero, de modificación de la Ley 18/2002, de 5 de julio, de cooperativas de Cataluña (<https://www.gencat.cat/eadop/imagenes/5820/11042163.pdf>, 08/03/11, 17:51), en cuyo preámbulo se recoge una excelente síntesis de las normas que han llevado a la modificación del «derecho de reembolso de los socios».

29. PASTOR SEMPERE, CARMEN, «Capítulo VIII. Régimen económico y financiero I. Capital social, reservas y financiación», en VVAA, *Cooperativas. Régimen jurídico y fiscal*, p. 167.

nuevos, entre los cuales destaca el que se producirá cuando una persona socia cause baja pero deba mantener sus aportaciones no reembolsables, cuestionándose con ello, además, el principio cooperativo de libre adhesión y baja voluntaria.

Por lo demás, ya hemos indicado que la cooperativa se constituye para la realización de la denominada «actividad cooperativizada», esto es, la actividad económica que la cooperativa realiza con la participación de sus socios/as y encaminada a satisfacer sus necesidades e intereses. No obstante, la legislación cooperativa autoriza a algunas clases de cooperativas a realizar actividad cooperativizada con terceras personas no socias; y además, se ha de tener en cuenta que la actividad económica de la cooperativa puede dar lugar, como en cualquier otra empresa, a operaciones de carácter extraordinario, no relacionadas con el objeto social.

En base a ello, la legislación cooperativa establece que la determinación de los resultados del ejercicio económico se lleva a cabo conforme a la normativa general contable (ingresos menos gastos), aunque con una serie de peculiaridades que dan lugar a la distinción en tres tipos de resultados:

- a) El resultado ordinario cooperativo, fruto de la actividad cooperativizada con las personas socias que, si es positivo recibe la denominación de «excedente» y si es negativo se denomina «pérdida cooperativa».
- b) El resultado ordinario extracooperativo, resultado de la actividad cooperativizada con terceras personas no socias que, si es positivo se denomina «beneficio» y si es negativo, «pérdida extracooperativa».
- c) El resultado extraordinario, obtenido de la actividad extraordinaria; si es positivo también se denomina «beneficio» y si es negativo, «pérdida extraordinaria».

Tanto del excedente que resulte, en su caso, de la actividad cooperativizada con las personas socias, como de los beneficios extracooperativos y extraordinarios, se han de destinar al menos determinados por-

centajes a los fondos obligatorios de la cooperativa. Respecto del resto de resultados positivos, una vez satisfechos los impuestos exigibles, la asamblea general ordinaria decidirá su destino: a retorno cooperativo a las personas socias, a dotación de reservas voluntarias, a incrementar los fondos obligatorios... Cuando la asamblea acuerde realizar retornos cooperativos, se asignarán a cada persona socia en proporción a su actividad cooperativizada realizada.

Si lo que se han producido son resultados negativos, esto es, pérdidas, se estará a lo dispuesto en la legislación correspondiente y en los estatutos respecto de su imputación. Por lo general:

- Puede imputarse a las reservas voluntarias que, en su caso, existan (por dotación de las mismas en ejercicios anteriores en que hayan habido resultados positivos), la totalidad de las pérdidas.
- Si no hubiera suficiente, o no hubiera reservas voluntarias, suele establecerse la posibilidad de imputar un porcentaje de las pérdidas al fondo de reserva obligatorio.
- Si tampoco hubiera suficiente con ello (o tampoco se hubiese dotado el fondo obligatorio), la cuantía no compensada se imputará a las personas socias, también en proporción a la actividad cooperativizada realizada por cada una.

Para el pago de la cuantía de pérdidas que le corresponda asumir, se le suelen ofrecer a la persona socia varias opciones: su efectivo abono, la deducción de sus aportaciones a capital o de cualquier otra aportación financiera a la cooperativa, su compensación en futuros retornos cooperativos...

Por lo demás, la cooperativa ha de constituir, al menos, dos fondos: el fondo de reserva obligatorio y el fondo de educación y promoción.³⁰ El primero está «destinado a la consolidación, desarrollo y garantía de la cooperativa» y es, por lo general (con matices, según la ley aplicable), irrepartible entre las personas socias. Como hemos visto, en los ejercicios

30. La denominación y las fuentes de dotación de ambos fondos varía en algunas leyes autonómicas, pero las finalidades esenciales de ambos son las mismas que aquí se describen.

en que se produzcan pérdidas, una parte de ellas se podrá sufragar con cargo a este fondo, por lo que actúa como garantía frente a terceras personas de la solidez empresarial de la cooperativa. Y como también hemos visto, se nutre, fundamentalmente, de los porcentajes de los resultados positivos que se establezcan por los estatutos sociales o por la asamblea general de la cooperativa, con un mínimo legal que suele ser de al menos el 20% de los excedentes y de 50% de los beneficios.

En cuanto al fondo de educación y promoción se destina a la realización de actividades relacionadas con los principios cooperativos quinto (educación, formación e información), sexto (cooperación entre cooperativas) y séptimo (interés por la comunidad). Para ello, en los ejercicios con resultados positivos se dotará a este fondo con al menos el 5% de los excedentes, siendo inembargable e irrepartible entre las personas socias, incluso en caso de liquidación de la cooperativa. Las dotaciones anuales a este fondo han de ser aplicadas o comprometidas durante el mismo ejercicio a la realización de actividades que se ajusten a sus fines; en otro caso, las cuantías no dispuestas deben materializarse en determinado tipo de depósitos o títulos que permitan su liquidez y garanticen la no repartibilidad del fondo.

III.6. El fomento del cooperativismo

El cumplimiento del mandato constitucional de fomento del cooperativismo en tanto que fórmula empresarial especialmente idónea para la realización de actividades económicas socialmente responsables se pretende llevar a cabo, como ya hemos apuntado, fundamentalmente, por dos vías.

Por una parte, tanto la Administración del Estado como las administraciones autonómicas llevan a cabo diferentes convocatorias de ayudas y subvenciones para «el impulso, promoción y fomento del cooperativismo. En este sentido, son especialmente destacables los programas anuales de subvención a la creación de cooperativas y a la incorporación a ellas de personas socias, así como a la realización de inversiones ne-

cesarias o convenientes para la actividad cooperativizada.³¹ También se establecen subvenciones para el funcionamiento de las entidades representativas de las cooperativas (federaciones y confederaciones) y para la realización de actividades de promoción del cooperativismo (programas de formación y proyectos de investigación).³²

Por otra parte, el apoyo institucional a las cooperativas se concreta en un tratamiento tributario favorable, «en consideración a su función social» (art. 1.1 Ley de Régimen Fiscal de las Cooperativas). Para ello, a la mayor parte de las cooperativas y, especialmente, a las calificadas como «especialmente protegidas», la ley les reconoce una serie de exenciones o bonificaciones en el impuesto sobre sociedades y en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, así como sobre algunos tributos locales y autonómicos.

Pero además, se han de tener en cuenta otras normas de fomento contenidas en la legislación cooperativa o sectorial que en cada caso sea aplicable. Así, por ejemplo:

- a) Las CTA «gozarán de prioridad en caso de empate en los concursos y subastas para los contratos de obras o servicios del Estado y de los demás entes públicos» (disp. ad. 5ª, 5 Lcoop).
- b) «Las cooperativas de viviendas tendrán derecho a la adquisición de terrenos de gestión pública por el sistema de adjudicación directa, para el cumplimiento de sus fines específicos» (Disp. ad. 5ª, 6 Lcoop).
- c) «Los aranceles notariales, en los casos en que la escritura pública o cualquier otro instrumento público notarial venga impuesto por la legislación cooperativa, tendrán una reducción igual a la que se le concede al Estado» (disp. ad. 5ª, 8 Lcoop).

Las políticas de fomento del cooperativismo se aplican, fundamentalmente, por parte de la Administración del Estado, a través del Ministerio de Trabajo e Inmigración; y por las correspondientes Consejerías

31. <https://www.redtrabaja.es/es/redtrabaja/static/Redirect.do?page=de020201B>.

32. http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/Ayudas/Actualiz05/AyudasCoopysl.htm#apoyo02.

de las comunidades autónomas. Sus órganos administrativos especializados cuentan con dotaciones presupuestarias y servicios para la realización de las funciones de promoción, difusión, formación, inspección y registro. En relación con esta última cabe señalar que, tanto a nivel estatal como autonómico, existen registros de cooperativas que, de manera similar al Registro mercantil, realizan, entre otras, funciones de calificación e inscripción de las cooperativas de sus ámbitos de actuación, así como de sus principales actos y negocios jurídicos, de legalización de sus libros sociales y de depósito y publicidad de sus cuentas anuales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALGUACIL MARÍ, M. P. (2010): «Condicionantes del régimen de ayudas de Estado en la fiscalidad de las cooperativas», *Ciriec-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 69, octubre 2010, pp. 27-52, http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/6902_Alguacil.pdf.
- FAJARDO GARCÍA, G. (2010): «La Economía Social en las leyes», *Ciriec-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 66, octubre 2010, pp. 5-35, http://www.ciriec-revistaeconomia.es/banco/6601_Fajardo.pdf.
- (2011): «Capítulo I. Concepto, naturaleza, clases y legislación aplicable a las cooperativas», en VVAA, *Cooperativas. Régimen jurídico y fiscal*, Tirant lo Blanch, pp. 13-32.
- MARTÍNEZ SEGOVIA, F. J. (2007): «Un nuevo reto para el derecho cooperativo: la sociedad cooperativa especial de Extremadura», *Revista de Derecho de sociedades*, 2007-1, núm. 28, pp. 439-450.
- MONGE GIL, A. L. (1999): «Algunas reflexiones a propósito y sobre la Ley de cooperativas de Aragón», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 232, abril-junio 1999, pp. 723-754.
- MORILLAS JARILLO, M^a J. (2002): Feliu Rey, Manuel I. *Curso de cooperativas*, 2^a ed., Tecnos, Madrid.

- PASTOR SEMPERE, C. «Capítulo VIII. Régimen económico y financiero I. Capital social, reservas y financiación», en VVAA, *Cooperativas. Régimen jurídico y fiscal*, Tirant lo Blanch, pp. 161-173, en prensa.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2005): *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas y las entidades mutuales. Las sociedades laborales. La sociedad de garantía recíproca. Vol. I. La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social. Tratado de Derecho Mercantil*. Olivencia, Fernández-Novoa y Jiménez de Parga (dir.) Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona.
- SENET VIDAL, M. J. (2003): *La impugnació dels acords socials a la cooperativa*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castellón.
- (2006): «La Llei de sindicats agrícoles i la posterior evolució de la legislació cooperativa agrària», en VVAA, *El cooperativisme fins avui. 1906, Llei de sindicats agrícoles*, Universitat Jaume I/INTERCOOP, Castellón de la Plana, 2006, pp. 11-37.
- (2007): «Perspectiva de género en la responsabilidad social empresarial cooperativa», en VVAA, *La economía social como polo de utilidad social*, VI Coloquio Ibérico de Cooperativismo y Economía Social, Córdoba, 20 a 21/09/07.
- (2008): «Principios cooperativos, equidad de género y gobierno corporativo», en VVAA, *Innovación y Management: las respuestas a los grandes desafíos de las empresas de la economía pública, social y cooperativa. Actas del 27 Congreso Internacional CIRIEC*, Sevilla.
- (2009): «La regulación jurídica de las cooperativas desde una perspectiva de género», en *La economía social. Desarrollo humano y económico. III Congreso de la Red RULESCOOP*, Universidad del País Vasco, pp. 315-333.
- TRUJILLO DÍEZ, I. J. (2000): «El valor jurídico de los principios cooperativos. A propósito de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas», *RCDI*, núm. 658, pp. 1329-1360.
- VARGAS VASSEROT, C. (2007): «Los previsible efectos de la NIC 32 en el sector cooperativo», *Revesco*, núm. 91, primer cuatrimestre 2007, pp.120-159.

- VICENT CHULIÁ, F. (1981): «El accidentado desarrollo de nuestra legislación cooperativa», *RJC*, 1979 (4), pp. 869 y ss.; y en *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, pp. 1209-1255.
- (1999): «La Ley 27/1999 de 16 de julio de Cooperativas Estatal», *RGD*, núm. 663, pp. 14561-14583.

COOPERATIVISMO EN MÉXICO

MARTHA E. IZQUIERDO MUCIÑO

*Doctora en Derecho (UNAM), catedrática e investigadora
Universidad Autónoma del Estado de México*

I. INTRODUCCIÓN

La crisis generalizada de los países latinoamericanos ha vuelto a poner en boga nuevamente la alternativa cooperativista y autogestionaria, en medio de la desesperación social, del hundimiento de la productividad, las altas tasas de desempleo y la marginalidad de nuestras sociedades, lo cual nos obliga a reflexionar acerca de una alternativa más viable, más justa y más humana.

Esta crisis generalizada nos hace voltear los ojos hacia la creación de empresas cooperativas y autogestionarias como alternativas de solución a los problemas aquí planteados, ante la desesperación de miles de mexicanos y ante el resquebrajamiento paulatino de las estructuras social y económica, pero lo más grave ha sido la desigualdad social que nos lleva a tener hoy día a más de 20 millones de mexicanos en la pobreza extrema.

Grupos cooperativos, comunitarios y autogestionarios en América Latina, así como otras formas societarias de carácter autogestionario intentan constituir un tercer sector de la economía, que sea capaz de competir con los sectores estatal y capitalista.

En efecto, a pesar de la diversidad de alternativas existentes, la economía social y solidaria es hoy una realidad, ha encontrado y encuentra obstáculos para su efectiva instrumentación y desarrollo pero contiene dinamismos propios y concretizadores en todo el mundo que la hacen confiable como camino y propuesta de cambio de relación del hombre con su entorno productivo y del hombre con el hombre.

Sea que la economía social y solidaria se materialice en empresas cooperativas genuinas de gran envergadura o en formas incipientes de

participación social o familiar, es sin duda un modelo que desafía concretamente a las formas individualistas y capitalistas de producción y distribución de bienes, servicios y crédito. El carácter solidario de este modo está dado por su humanismo intrínseco, comprometiendo la misma administración de las empresas.

Por lo anterior consideramos que al potenciar el desarrollo cooperativista mexicano y sistemas de autogestión, se podrá promover la participación de los sectores populares en la creación de un estilo de desarrollo de naturaleza alternativa al prevaleciente.

La figura del cooperativismo contiene en sí misma valores y principios éticos que la hacen distinta de las demás empresas toda vez que las finalidades que persigue son totalmente diferentes. Estos principios en el año de 1995 fueron reiterados por la Alianza Cooperativa internacional en un congreso celebrado por motivo de sus 50 años de existencia.

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental llevar a cabo un análisis jurídico de tipo documental de las distintas leyes que en materia cooperativa han existido en México, con la finalidad de saber si aún conservan los valores y principios que caracterizan a este tipo de empresas, toda vez que a juicio de muchos analistas, la actual Ley General de Sociedades Cooperativas (1994) trastoca esos valores y por tanto tiende a desnaturalizarlas, asimismo se pretende conocer el estado de las cooperativas en la actualidad, sus problemas y alternativas de solución.

Por otra parte puede asegurarse que en nuestro país existe desde hace muchos años un sector social de la economía muy significativo de la población que se identifica plenamente con el rubro de las cooperativas, lo que la hace todavía más interesante, pues no debemos olvidar que la sociedad debe esforzarse por detectar las necesidades en su entorno y contribuir con respuestas y servicios para la solución de los problemas.

II. COOPERATIVISMO MEXICANO A TRAVÉS DE SUS LEYES

Fue en el Código de Comercio donde se promulgó por primera vez en el año de 1889 un apartado en el que se contemplaba un breve capítulo referente a sociedades cooperativas, el cual se ha considerado como el precursor de las instituciones cooperativas.

Sin embargo los orígenes del cooperativismo en México se ubican en 1839, fecha en que se fundó en Orizaba Veracruz la primera caja de ahorros con las características de una sociedad cooperativa.¹

Sus fundadores fueron empleados y artesanos, inspirados en ideas de cooperación y ayuda mutua, que en un tiempo les fueron transmitidas por los socialistas utópicos franceses.

En efecto estas ideas de cooperación y ayuda mutua tuvieron en nuestro país un efecto muy particular, pues al ser defendidas por los socialistas utópicos franceses, así como por ideólogos anarquistas, vinieron a sustituir lo que en nuestra tradición existía en las comunidades indígenas con el trabajo colectivo y la propiedad comunal de las tierras en los famosos: «Calpullis».²

En consecuencia puede afirmarse que las instituciones de tipo cooperativo que surgieron en México, nacieron en medio de grandes luchas sociales y agitaciones populares en defensa de tales ideas identificándose desde sus inicios con los movimientos campesino y obrero (1800 a 1903), por tanto puede decirse que en nuestro país han existido diversas leyes de cooperativas que reflejan su momento histórico.

Así se observa que el precursor legal de las empresas cooperativas lo fue el Código de Comercio de 1889-1890, en virtud de que en su capítulo VII les dedicó 22 preceptos y las consideró como sociedades mercantiles confundiéndolas con la sociedad anónima, la cual podía construirse como empresa de responsabilidad limitada o ilimitada y no se les dio ningún tratamiento especial.

De hecho en el Código de Comercio las sociedades cooperativas fueron consideradas como una variante de las sociedades mercantiles y se defi-

1. «Datos Históricos sobre el cooperativismo en México», *Revista Mexicana del Trabajo*, tomo IX, p. 9.

2. IZQUIERDO, MARTHA, *Naturaleza de la empresas cooperativas en México*, p. 34.

nieron de esa manera, con todas sus características generales, como fueron: el número de socios, el capital variable, su responsabilidad solidaria e ilimitada o limitada a una determinada suma menor igual o mayor que el capital social, etc.³

Posteriormente una de las grandes aportaciones que trajo consigo la Revolución de 1910 fue que se estableció a través de la Constitución de 1917 un nuevo «orden social y económico» así como un nuevo «proyecto nacional». Consecuentemente, al crearse las bases para un sector social de la economía, se insertaron automáticamente las empresas cooperativas, delimitadas por los artículos: 28, 27, 31 F. IV; 73 F. VII y X; 123 y 131 constitucionales.

En efecto, la Constitución de 1917 se refirió concretamente a las cooperativas en los artículos 28 párrafo 4º; (actualmente 7; y 123 apdo. A fracc. xxx) en forma «tangencial y casualmente», según lo menciona Alfonso Labriega dado que en las diversas excepciones que existen en dicho precepto menciona dos que son en favor de las asociaciones de trabajadores y en apoyo a las asociaciones o sociedades cooperativas de productores, ambas excepciones vienen a ser consecuencia de la libertad de asociación que consagra el artículo 9 constitucional, así como la libertad de sindicalización de que nos habla el artículo 123 apdo. A. F. XVI. Cabe mencionar que originalmente no existían estas dos fracciones sino que estas surgieron con la intención de fortalecer al mercado del Henequén (en Yucatán) y por iniciativa de la diputación Yucateca.⁴

Mucho se ha discutido ya si el congreso constituyente utilizó simplemente «sociedad cooperativa de productores» como sinónimo de «asociación de productores» pero sin la intención de ver en ello más que una asociación.

En contraposición a esta opinión Alfonso Labriega menciona que al sacar uno de los pasajes de los debates de los constituyentes se observa que efectivamente, se tenía una clara visión del mensaje que como alternativa económica traían estas empresas al mencionar:

3. LABRIEGA VILLANUEVA, PEDRO A., *La Reforma de Legislación Mercantil*, p. 234.

4. *Ibidem*, p. 235.

Si lo que los agricultores yucatecos han hecho en esta forma cooperativa establecida últimamente, lo hiciesen los productores de otros estados con sus principales productores cuando se trata de exportar estos del extranjero, seguro que se obtendría en toda la nación una utilidad no menor de 80 a 100 millones de pesos al año, este dinero entrando en circulación nos traería desde luego una prosperidad efectiva.⁵

En consecuencia, sostiene dicho autor, que es indudable que el art. 28 constitucional encierra consigo lineamientos fundamentales para la política del país, que conforman el «Nuevo Derecho Constitucional Económico», abandonando con ello un liberalismo decimonónico y subordinando al interés de la sociedad los privilegios del individuo. Con esto se confirma que nuestra economía es una economía mixta en la que concurren los sectores público, social y privado.⁶

La Revolución mexicana hizo posible ver al movimiento cooperativo con agrado, de tal manera que se fomentó el desarrollo y protección al mismo; como consecuencia lógica del impulso que se pretendió dar a este movimiento surgió en el año de 1927 la primera Ley General de Sociedades Cooperativas en el *Diario Oficial* el 23 de febrero de 1927, que a diferencia del Código de Comercio de 1889, propicia un ambiente legal y adecuado para las sociedades cooperativas.

Luis Hinostroza menciona que:

la primera Ley General de Cooperativas fue promulgada el 10 de febrero de 1927 y estuvo referida a las sociedades cooperativas agrícolas, industriales y de consumo. Esta ley fue muy progresista al autorizar objetivos múltiples a las cooperativas, sin embargo de vigencia breve, dadas las contradicciones existentes entre las disposiciones del texto legal y los fines mismos del cooperativismo.⁷

Además se alegaba que era inconstitucional porque el congreso no tenía facultades para legislar según la constitución de 1917 en materia de cooperativas. También se sostenía que la nueva ley no había deroga-

5. *Dictamen 39, serie ordinaria: 12.I. 1917.*

6. LABRIEGA VILLANUEVA, PEDRO A., *op. cit.*, p. 235.

7. HINOSTROZA FERNÁNDEZ, LUIS, *Movimiento Cooperativo Internacional*, p. 103.

do las disposiciones que sobre sociedades cooperativas contenía el Código de Comercio de 1889.

Se acogía al sistema Raiffesen para las cooperativas agrícolas y al sistema Shultze-Delitzch para las industrias, particularmente en el concepto a la responsabilidad de los socios, que a semejanza de los métodos germanos las características generales fueron:

- a) Un voto a cada socio independientemente del número de acciones suscritos.
- b) Las utilidades se repartirían de la siguiente forma: 20% para el fondo de reserva, 10% para los consejos de administración, vigilancia y gerencia, 70% para los accionistas en proporción al capital pagado o al monte de las operaciones realizadas.
- c) Los periodos se distribuían entre todos los accionistas y conforme al importe del capital suscrito o por partes iguales. La vigilancia oficial le fue encargada a la Comisión Nacional Bancaria.
- d) Para tener personalidad jurídica se requería el reconocimiento de la Secretaría de Agricultura y Fomento o de Industria Comercio y Trabajo y la inscripción en el Registro Público de Sociedades Cooperativas, dependiente del Registro Público de Comercio.

De los diarios de debates se entresacan los siguientes comentarios:

Es una institución que defiende, precisamente, los intereses tanto de los agricultores en pequeña como en grande escala, es una institución verdaderamente benéfica, aceptada con aplauso en el mundo entero.⁸

La Comisión reguladora del mercado del Henequén no es más que una sociedad cooperativa de productores... (intervención del C. Alfonso Romero, 46ª sesión ordinaria, 17. 01. 1917.⁹

La Suprema Corte por su parte sostuvo que las cooperativas que no se establecieran y funcionaran sujetándose a la Ley de 1927 solo se

8. Intervención de C. Espinoza. 46ª sesión ordinaria. 17. 01. 1917.

9. LABRIEGA VILLANUEVA, PEDRO A., *op. cit.*, p. 234.

considerarían como sociedades de Derecho común (S. J. F. T. XLI – pág. 3572 Longoria Agapito), así mismo establece que debe sobreseerse el amparo pedido por los representantes legítimos de una cooperativa de industria, comercio y trabajo.¹⁰

Lo cierto es que esta ley no resultó como se esperaba, además de que no fueron derogados del Código de Comercio los artículos que mencionaban a esta figura.

Posteriormente a esta Ley y como consecuencia de las deficiencias que existían en su contenido, fue derogada por otra nueva ley, la de 1933, la cual trató de adecuarse más a las necesidades y a la realidad imperante en el momento de su nacimiento. En efecto, con fecha 30 de mayo de 1933 apareció en el *Diario Oficial* este nuevo ordenamiento que intentó enmendar las deficiencias de la ley anterior, tratando de ajustarse a los postulados tradicionales de la ideología cooperativa, adoptando con ello algunos criterios de legislaciones extranjeras que enarbolaban todos estos principios.

Se derogaron las disposiciones del Código de Comercio relativos a las sociedades cooperativas (que se encontraban vigentes con la ley anterior) y se les dotó de un reglamento que no se tenía con la antigua.¹¹

De esta manera le fueron intercalados los postulados fundamentales de la ideología cooperativa, según fue considerado por el Congreso Cooperativo Internacional.¹²

Como fue:

- a) La cooperación abierta y adhesión voluntaria.
- b) Igualdad de los socios.
- c) Reingreso sobre las compras con interés limitado al capital.
- d) Neutralidad política y religiosa.
- e) Venta al contado.
- f) Constitución de un fondo de propaganda y educación.
- g) Así mismo le fue permitida a toda persona la posibilidad de crear empresas cooperativas y no solamente a trabajadores (como ante-

10. SJFT XXXIV – P. 163 Gremio unido de alijadores de Veracruz.

11. D. O. 21. V. 1934.

12. Viena, agosto, 1930.

riormente se elegía), con el número de 10 personas, los menores de edad (con 16 años cumplidos), y también la posibilidad de ingresar a las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada, y se aceptó el ingreso de extranjeros.

Estableciéndose como regla general que las cooperativas fueran de responsabilidad limitada.

- h) Se habló de «certificados de aportación» (y no de «acciones») y se exigió la constitución de fondos de reserva y de previsión social y especial, con las características de que el primero era irrepartible.
- i) Se siguió conservando el principio de un voto por cada socio y las cooperativas fueron clasificadas de 4 formas: a) de consumidores, b) de productores, c) mixtas, d) de intervención oficial.
- j) Esta ley dedicó mayor atención a las cooperativas de consumo y se admitió a los asalariados en ellas.
- k) La constitución de las cooperativas se facilitó por medio de una simple acta que satisficiera los requisitos legales, que estuviera autorizada por la secretaría de economía nacional, habiéndose inscrito en el requisito público de comercio.
- l) Se aludió por primera vez aunque en forma breve a las cooperativas escolares de cuya regulación se encargó la Secretaría de Educación Pública, sancionándose el uso indebido de la simulación y la negativa de recibir la inspección.¹³
- m) Se respetó a las cooperativas constituidas conforme a la Ley de Crédito Agrícola y se reglamentó la intervención de la Secretaría de Economía Nacional, de Agricultura y Fomento estableciéndose las federaciones y confederaciones de cooperativas.

Como se observa, esta ley fue elaborada por una comisión de expertos que tomaron en cuenta los principios del cooperativismo internacional y trataron de ajustarlos a la realidad mexicana de los años 30. Su vigencia fue de cinco años, habiendo sido derogada en 1938.

13. LABRIEGA VILLANUEVA, PEDRO A., *op. cit.*, p. 234.

En efecto aun cuando esta ley había sido considerada a juicio de muchos como una «magnífica ley», en el año de 1938 (D. O. 15-II-1938) se promulgó una nueva Ley General de Sociedades Cooperativas; quedando derogada la ley anterior, así como su respectivo reglamento, al respecto Pedro Labriega comenta:

[...] es conveniente recordar primero la tendencia socializadora del régimen cardenista que seguramente se hizo plasmar en esta nueva ordenanza y segundo la intención de adecuar el nuevo ordenamiento cooperativo con el reciente estatuto cooperativo de la Ley de Sociedades Mercantiles (aún vigente), que considera a la cooperativa como sociedad mercantil [...]¹⁴

No obstante lo anterior, en la exposición de motivos se alude a su naturaleza especial.

De las principales características de la ley de 1938 y de su reglamentación fue el hecho de que a diferencia de la ley anterior se establece que únicamente los trabajadores pueden formar parte de las sociedades cooperativas y se reiteran los principios de filosofía cooperativa con algunas modificaciones como son:

- a) Principio de igualdad en obligaciones y derechos de los cooperadores.
- b) Un voto por asociado.
- c) No perseguir fines de lucro.
- d) Mejoramiento social y económico de cada uno de sus miembros.
- e) Capital variable.
- f) No ingreso a los menores de edad.
- g) Régimen de responsabilidad limitada y suplementada.
- h) Prohibición expresa para los extranjeros para ocupar puestos de dirección o administración.
- i) Limitación para su ingreso en las cooperativas de productores.
- j) Autorización para que estas sociedades se afiliaran.
- k) Sujeción a las cooperativas escolares a un reglamento especial.

14. *Idem.*

- l) Constitución de las sociedades cooperativas mediante asamblea general solamente.
- m) Creación del Registro Cooperativo Nacional a cargo de la Secretaría de Economía Nacional.
- n) Se suprimieron las cooperativas mixtas.
- o) Se reglamentaron las cooperativas de intervención oficial y de partición estatal, así como de productores y consumidores.
- p) Se fijaron topes de reserva y para el de previsión social.
- q) Se facultó a los sindicatos de trabajadores para construir cooperativas de consumo.
- r) Se indicaron los libros sociales que los cooperativos debían manejar.
- s) Se introdujo en las cooperativas de productores una comisión de control técnico para organizar y dirigir la producción.
- t) Su autorizó a los cooperativistas (excepcionalmente) para utilizar servicios asalariados.
- u) Se otorgó una amplia intervención de la Secretaría de Economía Nacional tanto de la ley como del reglamento.

Esta facultad le fue heredada a la Secretaría del Trabajo, que con el tiempo vino a compartir con Relaciones Exteriores, Hacienda, Trabajo, Educación Pública, Industria y Fomento Industrial, Pesca, Comunicaciones y Transportes, Energía, Minas e Industria Paraestatal, Desarrollo Urbano y Ecología, denotándose en esta ley un noble deseo por el desarrollo de las cooperativas de producción.¹⁵

De hecho puede decirse que el sexenio del presidente Lázaro Cárdenas (1934-1940) fue el periodo de ascenso para el movimiento cooperativo mexicano, ya que el gobierno cardenista propició la constitución de cooperativas tanto en el campo como en la ciudad. Este programa respondía a una política de gran apoyo al cooperativismo que tuvo su máxima expresión en el plan sexenal, cuyas ideas iban tendientes a fortalecer el aparato estatal para convertirlo en un promotor del desarrollo económico y social.

15. IZQUIERDO, MARTHA, *op. cit.*, p. 79.

El cooperativismo en ese entonces se concibió como un sistema apropiado para organizar empresas productivas y promover socialmente a contingentes de trabajadores bajo la idea de ampliar y fortalecer al movimiento cooperativo aún bajo el entrenamiento del capital extranjero, lo cual motivó al cardenismo para renovar al cooperativismo mexicano sobre bases más firmes, más populares y solidarias con los sectores obreros y campesinos.

Luis Hinostriza menciona:

Estos planteamientos significaban una clara posición de clase con respecto al cooperativismo, definiéndolo como un instrumento para la cooperación y el trabajo asociado, válido tanto para el campo como para la ciudad.¹⁶

Por lo anterior podemos afirmar que desde los años 30 el movimiento cooperativo mexicano ha estado ligado directamente a los avances y retrocesos que ha sufrido el movimiento popular.

Por otra parte puede afirmarse que no fue hasta 1982 que se recibieron apoyos del Gobierno Federal, con el último Plan Nacional de Fomento Cooperativo.

Posteriormente se fueron generando cambios y ajustes en la política económica y social, y bajo el arribo de Carlos Salinas de Gortari, los instrumentos financieros prácticamente desaparecieron para la mayoría de las sociedades cooperativas.

De hecho se produjo un cambio en el marco jurídico que regula a las empresas cooperativas con la «nueva» Ley General de Sociedades Cooperativas de 1994.

En efecto la ley que nos rige actualmente en materia cooperativa es la Ley General de Sociedades Cooperativas publicada el 3 de agosto de 1994, la cual trata de adecuar el contenido de su redacción a las necesidades impuestas en nuestra sociedad. Cabe señalar que existen otros ordenamientos jurídicos que regulan la existencia de el cooperativismo. Tal es el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexi-

16. HINOSTROZA FERNÁNDEZ, LUIS, *op. cit.*, p. 105.

canos, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley Orgánica de la Administración Pública y el Código Civil, entre otros.¹⁷

En la exposición de motivos de esta nueva ley se menciona la necesidad de actualizar la ley de 1983 atendiendo al sector social de economía, habiéndose realizado 14 foros a nivel nacional, así como diversos estudios de la legislación cooperativa en otros países, que han destacado en su economía en base al sistema cooperativo, como es el caso de España, Francia, Italia, Alemania, Colombia, Israel, Inglaterra, Costa Rica, Panamá, Chile, entre otros.¹⁸

Entre las demandas de cambio se detectaron como de las más importantes:

- a) Eliminación y control de vigilancia para el ejecutivo.
- b) Acceso a los organismos jurisdiccionales a nivel local y regional, que puedan resolver de manera más ágil las controversias que se susciten.
- c) La desconcentración del registro ejercida en cada estado incluso a nivel municipal.
- d) Simplificación administrativa.
- e) Necesidad imperiosa de capacitación tanto cooperativa como de aquellos aspectos que de alguna manera coincidan con la materia.
- f) Necesidad de facilitar un acuerdo y de desarrollo económico y comercial y acceso al financiamiento.
- h) Preservación de los principios y derechos de previsión social, y sobre todo, una sólida organización que permita la integración cooperativa a nivel nacional.

En este orden de ideas la comisión de fomento cooperativo enfatiza sus objetivos de: actualización, regulación, simplificación de administración interna y se otorgan opciones de crecimiento.

En el título primero se habla por primera vez de «acto cooperativo», para diferenciarlo de otros actos jurídicos.

17. Exposición de motivos, 1994.

18. D. O. 1994.

Se define también por primera vez lo que debe entenderse por «sistema cooperativo» y «movimiento cooperativo» y se establece la observancia obligatoria de los principios del cooperativismo mundial y como parte de la economía solidaria.

En el título II se dispone que las sociedades cooperativas y sus organismos superiores pueden constituirse y operar en todos los campos de la economía nacional, adquiriendo su propia personalidad jurídica al momento mismo de su constitución, borrando con esto desventaja frente a las sociedades.

El registro de los organismos del sector social deberá hacerse ante el Registro Público de Comercio, toda vez que no existe una institución similar en exclusiva para estos organismos.¹⁹

En el título IV se establece un apoyo que el Gobierno federal y los Estados deberán proporcionar a todas las instituciones de vocación cooperativa, así como a los organismos cooperativos.

En base a lo anterior la comisión de fomento cooperativo consideró que esta ley respondía a las necesidades requeridas para el sector cooperativo, adecuándola como lo hizo en algunas de sus partes, como en lo relativo a la organización y administración interna cuyo diseño se dejó como facultad de la Asamblea Constitutiva y para las acciones de fomento y se reconoció el papel que debían adquirir las instituciones de asistencia técnica.

Se contempló la necesidad de crear un tribunal de lo contencioso cooperativo para dar más agilidad a la solución de controversias, no obstante ello se utilizaron los órganos del poder judicial con representantes en los estados y municipios.

Otro aspecto trascendente de esta ley lo fue el hecho de considerar el ámbito económico de estas empresas, esto así: que en lugar de mencionar que las cooperativas no debían ser lucrativas o especulativas, se estimó conveniente que se manejaran sin limitar su participación «de manera discriminatoria» respecto a otras sociedades, pudiendo además participar en todos los campos de la economía, sin limitación alguna y con acceso a financiamientos con respaldos de garantía, lo cual dejó

19. Exposición de motivos, 1994.

entrever el giro que da este tipo de empresas cooperativas, se les abrió el campo dentro de las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo para manejo de los pequeños capitales de sus socios, en obras y acciones conjuntas para propiciar el ahorro.²⁰

Con esta nueva ley no se requería la expedición posterior de un reglamento como sucede actualmente con las sociedades civiles y mercantiles, permitiendo que la no previsión por la propia ley la determine cada sociedad según sea lo más conveniente para su estructura productiva.

Sin embargo, los comentarios que se han hecho a esta ley es que lejos de contener un auténtico espíritu cooperativista resultó ser una ley reguladora más que de fomento y promoción al cooperativismo y si bien mostró algunos avances significativos como lo fue la plena autonomía tanto en su constitución como en su funcionamiento, han existido escasos avances a partir de su promulgación por parte del movimiento cooperativista nacional, pues continúa estancado el crecimiento de estas empresas pese a las facilidades para su creación y registro.

Ruiz de Chávez comenta al respecto que el proyecto de decreto que se presentó no fue de «fomento cooperativo» sino que fue simplemente de «sociedades cooperativas», cambiando con ello la esencia original para convertirlas en sociedades mercantiles, dejando drásticamente al movimiento cooperativo a su suerte sin siquiera una buena política...²¹

En consecuencia resultaba urgente replantear esta situación ya que para que las cooperativas puedan tener éxito los gobiernos deben crearles un entorno favorable para su crecimiento y desarrollo, siendo importante valorar la labor que realiza la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y las Naciones Unidas (ONU) en concierto con la Alianza Cooperativa Internacional (ACI) sobre el establecimiento de los marcos de referencia de políticas que definan el papel del Estado en materia de cooperativas, dado que las ventajas que ofrecen las cooperativas están mejorando la vida de personas en todas partes.

20. *Idem.*

21. RUIZ DE CHÁVEZ, MARIO, *La cooperativa*, p. 67.

III. CONTRADICCIONES EXISTENTES

En primer lugar se observa que en las leyes cooperativas que han existido en México existe una gran confusión respecto a su naturaleza jurídica pues si partimos de la idea de que las empresas cooperativas no son sociedades mercantiles, resulta un error agruparlas en ese rubro ya que son reconocidas dentro del sector social de la economía como lo menciona el artículo 25 constitucional desde 1983.

En efecto, como hemos visto en el Código de Comercio de 1889-1890 apareció por primera vez un capítulo (vii) con 22 preceptos, dedicados a las empresas cooperativas, que las confundió con la sociedad anónima.

Posteriormente, con la Constitución de 1917 se sientan las bases para un nuevo proyecto nacional, a través de los artículos 27, 28, 31 FIV, 73 FVII y X, 123 y 131 constitucionales.

En 1927 aparece por primera vez la Ley General de Sociedades Cooperativas, sin embargo las disposiciones contenidas en el Código de Comercio de 1889 en materia de Cooperativas no fueron derogadas.

En 1933 aparece la segunda Ley General de Sociedades Cooperativas revocando la ley anterior (de 1927) y se derogan las disposiciones en materia de cooperativas del Código de Comercio 1889 (D.O. 21.V.1934), dotando las demás de un reglamento.

En 1938 aparece la tercera Ley General de Sociedades Cooperativas bajo el régimen de Lázaro Cárdenas, en ella se observa un fortalecimiento de los valores y principios del cooperativismo, así como al fomento cooperativo, se les dota además de un reglamento para cooperativas escolares, pero por otra parte no se observa ninguna modificación constitucional.

En 1983 aparece el artículo 25 constitucional el cual reconoce a la sociedad cooperativa dentro del sector social de la economía.

En 1994 surge la cuarta Ley General de Sociedades Cooperativas, la cual fue realizada durante el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, bajo la idea de entrar a la «modernidad», sin embargo como se ha menciona-

do, esta ley fue más reglamentaria que de fomento dados los escasos avances que a partir de entonces han existido.²²

Ahora bien, no obstante lo anterior se advierte que aun con las diversas leyes emitidas sobre cooperativas, con los principios constitucionales de 1917 que sentaron las bases para un Proyecto Nacional, y aun con el artículo 25 constitucional que reconoce a las cooperativas dentro del sector social de la economía, no se otorgan facultades para legislar en dicha materia, en virtud de que por un lado se les reconocen como sociedades mercantiles en el artículo 1º de la Ley General de Sociedades Mercantiles y por otro, como empresas del sector social de la economía.

En efecto el artículo 1º menciona:

Art. 1º.- Esta Ley reconoce las siguientes especies de sociedades mercantiles:

- I. Sociedades en nombre colectivo;
- II. Sociedades en comandita simple;
- III. Sociedad de responsabilidad limitada;
- IV. Sociedad anónima;
- V. Sociedad en comandita por acciones; y
- VI. Sociedad cooperativa...

Lo que las ubicaría dentro del sector privado y al mismo tiempo el mencionado artículo 25 constitucional las considera como integrantes del sector social de la economía, identificándolas como una forma de organización de carácter social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios...²³

Se ha dicho que si bien el legislador se vio obligado a incorporarlas en la legislación mercantil fue porque no existía en aquel entonces disposición alguna que facultara al Congreso Federal para legislar sobre cooperativismo. Por tal razón y con la finalidad de crear una ley que las regulara se incluyeron originalmente en el Código de Comercio a pesar de que es reconocido universalmente que dichas empresas no tienen el ánimo de lucro.

22. IZQUIERDO, MARTHA, *op. cit.*, p. 105.

23. *Ibidem*, p. 123.

En efecto, la Carta Magna no otorga facultades al Congreso de la Unión para legislar en forma expresa en materia de cooperativas, a pesar de los artículos, 25, 28 párrafo 31^{FIV}, 27, 73^{FVII Y X}, 123, FI y apartado A ^{FXXX} y 131 constitucionales.

El artículo 25 constitucional considera a estas unidades como integrantes del sector social de la economía, pero esta sola mención no implica la facultad para legislar sobre ellas.

Por su parte el artículo 28 constitucional párrafo 7° otorga facultades para que los legisladores de los Estados intervengan en materia de cooperativas, al efecto resulta interesante el comentario que realiza Alfonso Labriega pues sostiene que dicha intervención fue cuestionada en el debate del constituyente de 1917 por considerarla peligrosa solicitando se consignara en algún otro precepto como Facultad de Congreso de la Unión, interpretándose (según comenta) que dicha intervención pueda ser en materia administrativa o legislativa.

Producto de esta facultad legislativa por parte de los Estados fueron: la Ley de Sociedades Cooperativas Civiles para el Estado de Yucatán, Decreto N° 533 y del Estado de Guanajuato (D. O. 26. IX. 1932), y como comenta dicho autor, «ninguna de las dos leyes se consideraron inconstitucionales».²⁴

Por su parte el artículo 73 fracción x menciona:

El congreso tiene facultad:

X.- Para legislar en toda la república sobre Hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes de trabajo reglamentarias del art. 123.

Luego entonces, en base a este artículo y al artículo 28 párrafo 7° constitucional y 124 constitucional ¿podría decirse que existe concurrencia de facultades para legislar en materia de cooperativas?

Según un prestigiado autor M. Salinas Puente, el único fundamento para legislar en esta materia se encuentra en el artículo 73 fracción x constitucional que faculta al congreso para legislar en materia de comer-

24. LABRIEGA VILLANUEVA, PEDRO A., *op. cit.*, p. 236.

cio y de esa facultad deriva la Ley General de Sociedades Cooperativas, pero cuyos artículos 1º y 212 de la Ley de Sociedades Mercantiles erróneamente asimilan a las cooperativas como sociedades mercantiles, esto es:

El art. 10 de dicha ley, como hemos visto, define a las cooperativas como mercantiles; y el artículo 212 expresa que estas unidades económicas se regirán por su legislación especial, en consecuencia sostiene Salinas Puentes: «si nos quitan esas dos normas nos quitan la única base legal del cooperativismo».

La anterior declaración fue hecha ante las reformas propuestas a la Ley de Cooperativas del 17 de abril del año 2000, las cuales fueron aprobadas por la LVII legislatura. Asimismo sostiene que dichas reformas eran inconstitucionales ya que en el caso de ser avaladas por el Senado, dejarían sin fundamento legal al movimiento cooperativista.²⁵

En dichas reformas se establece la derogación de la fracción VI del artículo 1º y el artículo 212 de la ley de sociedades mercantiles, argumentándose que estas empresas pertenecen al sector social de la economía, disposición que es acorde con lo que establece el artículo 25 constitucional. 6

Alfonso Labriega, citando a Rodríguez y Rodríguez, nos proporciona una aplicación histórica de por qué las cooperativas son comprendidas en una legislación mercantil:

No siendo calificada esta forma de organización mercantil, se escapaba a la Legislación Federal, en los términos del artículo 73 fracción X de la Constitución. Ello origina que los diversos Estados dictasen una legislación caótica sobre estas sociedades, que no podrían desarrollarse con tal diversidad legislativa. Por ese motivo y con el propósito de impulsar la difusión de las cooperativas al dictarse la ley de las sociedades mercantiles se incluyó con ellas a la cooperativa, como una forma mercantil más, a efecto de atraer su reglamentación a la competencia federal.²⁶

25. *Excelsior*, México, 2000.

26. LABRIEGA VILLANUEVA, PEDRO A., *op. cit.*, p. 237.

Asimismo, citando a Mantilla Molina:

Solo porque se trata de materia mercantil puede considerarse válida la Ley General de Sociedades Cooperativas que estableció el régimen de ellas para dar cumplimiento al mencionado artículo 212 de la Ley de Sociedades Mercantiles. De considerar civiles a las sociedades cooperativas habría que declarar inconstitucional la mencionada ley porque el legislador federal no es competente para dictar leyes en materia local, como lo es la materia civil.

Y más adelante añade:

Calificar a la cooperativa como mercantil ocasiona tener como supletoria a la legislación mercantil, particularmente a la Ley General de Sociedades Mercantiles en lo conducente y considerarla como comerciante.²⁷

Por su parte la Suprema Corte de Justicia nada ha dicho al respecto, por lo tanto esta confusión en la ley ha traído como consecuencia la confusión en la naturaleza de las mismas empresas cooperativas en México, que las hace aparecer tanto sujetas al derecho privado como sujetas al derecho social, existiendo un abismo entre ambas, en virtud de que la clasificación tradicional del derecho se establece desde el punto de vista dicotómico (derecho público y derecho privado) y el desarrollo social se concibe desde una apreciación tricotómica (derecho público, derecho privado y derecho social), definiendo al derecho social como:

Una ordenación de la sociedad en función de una integración dinámica, teleológicamente dirigida a la obtención del mayor bienestar social de las personas y de los pueblos, mediante la justicia social.²⁸

En consecuencia resulta importante definir la naturaleza de estas organizaciones en la propia ley ya que como nos dice Gabriela Vargas Z.,

27. *Idem.*

28. GONZÁLEZ DÍAZ, FRANCISCO LOMBARDO, *El derecho social y la seguridad social integral*, p. 51.

no tendría caso hacer empresas sociales que funcionaran como empresas privadas.

IV. COOPERATIVISMO EN LA ACTUALIDAD

Mediante datos recabados por la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) para el año 2000, se tenían registradas a más de 20.000 cooperativas, de las cuales según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), para el mismo año tan solo se encontraban activas 10.156, repartidas de la siguiente forma: 6.925 de producción y 3.231 de consumo, abarcando todas ellas un total de 464.206 socios sin considerar las cajas populares de ahorro que para 1995 mantenían una membresía de más de 1,5 de socios con la constitución de la Caja Popular Mexicana, integrada por más de 60 cajas populares.²⁹

Actualmente se estima que en México existen más de 7 millones de personas relacionadas directamente con actividades cooperativas, de las cuales 5 millones aproximadamente participan en el sector de ahorro y prestamo popular, siendo los restaurantes los que se ocupan de la producción y el consumo, los cuales representan aproximadamente el 7% de la población total.

Sin embargo y pese a los datos aportados, una de las razones por las que resulta difícil la identificación confiable de las cooperativas es porque con la Ley de 1994 se «desclasó» a las cooperativas del sector obrero, normándolas en una ley especial pero contradictoriamente sujeta a la legislación comercial, lo cual va en contra de su propia naturaleza.

La ley actual las consideró como sociedades mercantiles con ánimo de lucro, considerándolas además para efectos económicos en la categoría de micro, pequeñas y medianas empresas, las cuales conforman un vasto universo de más de 4 millones de unidades en el país.

Otro de los problemas que actualmente padece el sector cooperativo en México se debe principalmente al modelo económico que prevalece.

29. Mujeresporlademocracia.blogspot.com/2010/07/formación-de-cooperativas-y.html, p. 4.

Esto es que el capitalismo mexicano bajo el modelo neoliberal excluye al cooperativismo, descartándolo en los esquemas de desarrollo nacional, aun cuando la ley así lo prevea, proyectándolo como sinónimo de «retroceso, subversión y fracaso», por lo tanto el cooperativismo en México no se respeta ni se ejerce por el gobierno federal ni por la mayoría de los gobiernos de las entidades estatales con excepción del gobierno del Distrito Federal (DF).³⁰

Como consecuencia se desconoce al cooperativismo y no se aplican sus principios universales y compromisos con la comunidad, pues carece de una educación, capacitación y cultura cooperativa, que sea capaz de estimular la creación y desarrollo de nuevas empresas.

Tampoco existen apoyos y financiamientos y los que llegan a existir son escasos y caros, tampoco existen instancias públicas de asistencia técnica especializada en el tema de cooperativas como es la administración, contabilidad, finanzas, mercados, etc.

La falta de programas oficiales así como de una banca de desarrollo social de apoyo a las cooperativas con créditos flexibles, dificulta aún más su desarrollo. Aunado todo esto a la gran estructura política y económica del país, determinada por relaciones capitalistas de exportación y subordinación del trabajo asalariado, saqueo de recursos naturales, prevalencia de monopolios, bancos extranjerizados y empresas transnacionales que poseen y contratan absolutamente todo, pero lo más lacerante es la ignorancia y falta de compromiso de nuestros dirigentes sobre la naturaleza del cooperativismo, que lejos de apoyar a este sector, lo han agobiado hasta su extinción, bajo la idea de que las cooperativas van en contra del sistema capitalista.³¹

Otras veces son considerados como elementos que gradualmente conducen al socialismo, cuando en realidad lo que se persigue es una correlación de fuerzas y una alternativa económica en el modo de producción prevaleciente en el país, toda vez que este modelo económico nos ha empobrecido dejando cerca del 50% del total de la población del país en la pobreza patrimonial, 6 millones más que al inicio del actual gobierno del presidente Calderón, mientras que casi 20 millones de per-

30. *Ibidem*, p. 6.

31. *Ibidem*, p. 7.

sonas están en la pobreza alimentaria, esto es 5 millones más que en 2006, y la respuesta no se ha hecho esperar, pues actualmente contamos con los siguientes problemas.

V. PROBLEMAS ACTUALES

V.1. Migración

Félix Cadena menciona que por su magnitud e impacto se encuentra la migración. En el caso México, millones de mexicanos han migrado, sobre todo a EEUU de manera temporal o definitiva, documentada o indocumentada, aun a costa de su vida. El número de mexicanos que migra cada año se estima en 600.000 y los que mueren cada año intentando cruzar subrepticamente la frontera norte, es superior a todos los alemanes que murieron durante la Guerra Fría intentando cruzar el Muro de Berlín.³²

V.2. Economía informal

Bajo el ambiguo concepto «economía informal», millones de personas obtienen algún ingreso, desempeñando una gama muy amplia de actividades. Algunas suponen cierto nivel de agregación de valor y otras francamente parasitarias o de piratería. El informalismo responde no solo a la falta de oferta cuantitativa de empleo, sino también a las bajas remuneraciones que ofrece la mayoría de las empresas del sector formal.

De tal suerte que según datos recientes, desde la creación del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), en 1944, el empleo formal fue el segmento más dinámico del mercado laboral, posteriormente en 1989 llegó a representar el 38,7% del empleo total. Después de ese año la participación del empleo formal decreció hasta alcanzar un nivel mínimo

32. CADENA BARQUÍN, FÉLIX, *De la economía popular a la economía de la solidaridad*, pp. 22-27.

de 24,5% en 1996. Se recuperó ligeramente a principios del 2000 concentrando 30,2% de la ocupación total.

Lo anterior significa que de 1989 a 2005 más del 70% de la fuerza laboral debió buscar trabajo en el sector informal. Y en números absolutos puede afirmarse que el número de personas vinculadas al sector informal en 2005 fue casi dos veces mayor que en 1989, al punto de que en 2004, de los 26,5 millones de trabajadores asalariados registrados en la encuesta de ingresos y gastos de empleo, 14 millones contaban con algún tipo de Seguridad Social y 12,5 millones carecían de esta. Ahora bien, si se considera que el 9% del total de trabajadores no percibe remuneración alguna, es probable que el empleo precario sea mucho mayor y supere el número de los que gozan de salario y Seguridad Social.

V.3. El levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)

Desde la esfera de la política, el levantamiento del EZLN responde, de acuerdo con sus proclamas, a una visión anticipatoria en cuanto a cómo el TLC agravaría la situación de subordinación histórico-estructural que han padecido los habitantes del agro, particularmente las etnias indígenas.

V.4. Crimen organizado y narcotráfico

El incremento del crimen organizado y el narcotráfico constituyen otra fase vinculada con la vigencia de valores individualistas. No se puede afirmar que sea por la pobreza por lo que una parte creciente de la población se involucra en este tipo de actividades ilícitas. La explicación principal se puede encontrar en el clima de deterioro ético que campea sobre todo entre las élites políticas y financieras. Con sus actos ilegítimos y abusivos mandan un mensaje a la sociedad de que el crimen paga y que la impunidad se logra con astucia y cinismo. Habría que agregar a esta difícil situación la creciente descomposición política, la

violencia y la militarización que actualmente vive el país, así como un saldo de 35.000 muertes como resultado de la «guerra» del presidente Calderón contra el narcotráfico.³³

V.5. El microcrédito

La promoción del microcrédito como alternativa, por parte de las instancias encargadas de la promoción del empleo en México, ha proliferado notablemente. Por un lado, y con base en la experiencia del Graneen Bank, se han impulsado programas de microcrédito, teniendo como hipótesis que lo que hace falta a la población es un poco de dinero para poner un changarro y así obtener algún tipo de ingreso. Otras perspectivas más elaboradas son las de Hernando de Soto, que desde su libro *El otro Sendero* (1988) y actualmente con *El misterio del Capital* (2001) llega a la tesis de que los pobres tienen riqueza, pero esta no se vuelve capital y, consecuentemente factor de producción, en gran medida por falta de visión y, sobre todo, por el obstáculo que representa el hecho de que su propiedad no esté debidamente registrada, sobre todo por las prácticas burocratizadas y muchas veces corruptas que se requiere para lograrlo.³⁴

V.6. Apoyo a pymes

A pesar de su importancia, ya que representan más del 95% de las empresas y generan al 72% del empleo, no es hasta los últimos años a partir del 2002, y con un retraso de más de 15 años al respecto de otros países de la región latinoamericana que en México se están instrumentando una serie de programas en apoyo a las micro, pequeñas y medianas empresas.

33. Mujeresporlademocracia.blogspot.com/2010/07/formación-de-cooperativas-y.html, p. 8.

34. CADENA BARQUÍN, FÉLIX, *op. cit.*, pp. 22-27.

El gran número de servicios y apoyos a través de 134 programas operando por 12 instituciones del gobierno federal todavía no logra ser bien conocido ni aprovechado por sus destinatarios, agudizado por la insuficiencia de mecanismos que favorezcan la articulación de esos apoyos. La consecuencia es el alto número de estas empresas que fracasan.

En cualquier caso, a pesar de que de 2001 a 2005 la subsecretaría para pequeña y mediana empresa duplicó los recursos para esas unidades, pasando de 880 millones a 1.532,5, esto no representa ni el 10% del monto de las remesas que enviaron en el 2004 los migrantes radicados en EEUU. El número de empresas que recibieron algún apoyo fue de 343.555,0, lo que no representa más del 15% de las existentes.³⁵

Ahora bien, para atemperar los efectos depredatorios del modelo neoliberal y del consecuente recetario plasmado en el Consenso de Washington, los últimos tres gobiernos federales, con recursos del Banco Mundial y otras agencias intergubernamentales, han realizado amplios programas que tienen la función de una ambulancia que recoge las víctimas de la actividad económica.

La trayectoria de la economía mexicana y sus múltiples consecuencias en materia social desde la entrada en vigor del TLCAN hasta nuestros días sugiere que las metas a lograr como el mayor crecimiento, mejores empleos, mejores ingresos para la población etc., es una tarea aún pendiente, pues lejos de ello lo que se observa es que el país depende cada vez más de las importaciones para satisfacer su demanda de alimentos. Y por lo que respecta a la agricultura, al perder a los agricultores se incrementa la informalidad urbana o la emigración hacia los Estados Unidos. Esta tarea es tanto asistencialista como preventiva de inconformidades mayores que podrían agudizar el clima de frustración y de descontento social y no obstante que contamos con diversos artículos constitucionales que garantizan un mejor modelo de vida para los mexicanos lo hasta aquí expuesto expresa una realidad diferente.

35. *Idem.*

VI. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

En los países pobres como el nuestro, la autogestión y la autodeterminación económica son totalmente compatibles con la democracia, razón por la que deben reconsiderarse y revalorarse las empresas familiares y asociativas, precooperativas, cooperativas, el autoempleo, etcétera, a través de una dimensión social y política, como un proceso de toma de conciencia de los actores sociales y como un proceso educativo que permite el surgimiento de una entidad colectiva y la capacidad de organización.

Si queremos para México la emergencia de una sociedad más justa, culturalmente renovada, es necesario invertir la lógica del sistema entre los fuertes y los poderosos que solo utilizan la tecnología avanzada para su beneficio, esto es: optar por un modelo de economía que sea social y solidaria contando que tal vez en ocasiones convendrá desechar la sofisticación técnica y utilizar tecnologías apropiadas, sencillas y a escala humana que primen la proyección personal del trabajo a través de ellas y favorezcan la integración del grupo que las utiliza, pues como se ha mencionado, constitucionalismo y democracia son inseparables, ya que a partir del concepto de «soberanía popular», el pueblo es soberano y de él emanan los poderes del Estado y en especial el poder constituyente como poder extraordinario para constituirse del modo que mejor le convenga.³⁶

Por otra parte el constitucionalismo social adoptado por nuestra Constitución a través de diversos artículos, entre ellos el artículo 25 constitucional que habla sobre la rectoría económica, pueden muy bien adaptarse a un nuevo modelo social y solidario toda vez que en dicho artículo se reconoce al sector social de la economía sin distinción alguna.

Lo anterior resulta sumamente trascendental, bajo las siguientes premisas: ¿es posible que puedan ser titulares de soberanía por igual ciudadanos en situaciones de radical desigualdad y hasta excluidos y discriminados algunos de ellos?, ¿son estos conceptos tan solo un mito

36. Colomer Viadel, Antonio, *Comunidades y Ciudades, Constituciones y Solidaridades*, Universitat Politècnica de València, Servicio de Publicacions, 2006, p. 29.

político y por tanto una ficción jurídica? o bien ¿a pesar de todas las dificultades es un orden por construir, vertebrado por los valores de justicia, solidaridad, libertad e igualdad? Como puede observarse, estas situaciones plantean la dificultad de una democracia política sin democracia económica y también la necesidad de unas políticas solidarias que faciliten un equilibrio interpersonal, impulsando los medios para facilitar la igualdad y la libertad, siendo la solidaridad el fundamento de la constitucionalidad para alcanzar la igualdad de oportunidades, elemento indispensable para la paz social.³⁷

Por su parte, Víctor Flores Olea, menciona:

Frente a la disyuntiva entre planificación y mercado debemos enfatizar que la única forma para el desarrollo de las libertades individuales y con ello las de toda la sociedad, radica en la autoorganización y autogestión necesariamente comunitaria de los individuos que la conforman, de tal manera que se anule la preeminencia tanto del Estado como del mercado y que prevalezca universalmente el principio de la solidaridad. La experiencia Histórica muestra que el mercado va liquidando la posibilidad de satisfacer adecuadamente las necesidades colectivas e individuales, mientras que la concentración del poder del Estado liquida las libertades del individuo y de la sociedad.³⁸

Si bien este modelo de economía social enfrenta y seguirá enfrentando obstáculos para su instrumentación y desarrollo en todo el mundo, a la vez contiene dinamismos propios y concretizadores, que la hace confiable como camino seguro para la realización del hombre en su entorno productivo.

Ya sea que la economía solidaria se materialice en empresas cooperativas de gran envergadura, o en formas incipientes de participación o de asociación, es sin duda un modelo que desafía concretamente a las formas individualistas y capitalistas de producción y distribución de bienes y servicios, dado su humanismo intrínseco y su carácter solidario.

37. *Ibidem*, p. 31.

38. FLORES OLEA, VÍCTOR, *Crítica de la globalidad*, p. 293, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Por otro lado es la forma en la cual el hombre se asocia con los demás hombres para producir los bienes necesarios, que permiten crear y controlar solidariamente las acciones realizadas.

De hecho puede decirse que la solidaridad no ha tenido tanta expresión en el plano objetivo como el cooperativismo, contándose tantas y tan variadas experiencias, que se hace imprescindible conocerlas a fondo, es decir, desde sus orígenes hasta nuestros días, tanto para evaluarlas como para afianzar la confiabilidad en ello.

Por otra parte la economía solidaria se relaciona con procesos de paz en aquellas regiones apartadas en las que se busca la inserción de los grupos en conflicto hacia un desarrollo y modernización económica pero con justicia social, ya que solo de esta forma se construye una respuesta adecuada, esto es que:

[...] el énfasis de la política económica será la ampliación del mercado interno, la autosuficiencia alimentaria y el estímulo permanente de la producción, la pequeña y gran industria privada, a la autogestión a la microempresa y a la economía solidaria.³⁹

La economía solidaria en México se define como:

[...] aquel conjunto de organizaciones que fundamentan su racionalidad económica y sus lógicas operaciones en la autogestión y la participación democrática de las comunidades productivas y sociales en las cuales se privilegian los objetivos y las expectativas de la comunidad y el trabajo como factores organizadores de la economía empresarial.⁴⁰

La economía solidaria se proyecta como una constructora del tejido social, capaz de regenerar las relaciones sociales hacia una economía más justa y pluralista, en donde coexistan Estado, iniciativa privada y trabajo solidario, representando la diferencia, la autoridad y necesidades de los demás.

39. *Memoria del Foro Internacional de Economía Social y Solidaria*, p. 3.

40. CADENA BARQUÍN, FÉLIX, *op. cit.*, p. 26.

Se plantea también como un mecanismo del desarrollo alternativo, capaz de construir nuevas propuestas al quehacer económico y social en el campo de la autogestión democrática. De hecho la economía social y solidaria nace como una reacción a la exclusión social o económica de todos los beneficios básicos para la vida, por eso esta reacción puede considerarse ante todo como una actitud defensiva.

Dicha reacción no surge en forma individual sino que se da en forma colectiva, puesto que la economía social es siempre colectiva, es la forma en que el hombre se agrupa con los demás hombres para integrarse al esquema económico del que se siente excluido, reaccionando con los «otros», de forma igualitaria. Así el proyecto que llegue a construir incluye una responsabilidad compartida al igual que los beneficios que se obtengan, por eso a estas organizaciones se les llama también «sociedades de personas».

Por tanto puede afirmarse que es en este entorno en donde aparece la realización de la «utopía» al hablar de solidaridad, que se concreta necesariamente en una realidad compartida y en un esfuerzo común, ya sea en la construcción de una vivienda, en la construcción de una pequeña empresa, etc. Siempre y cuando dicha «utopía» mida sus posibilidades y su viabilidad, toda vez que esto denota una realidad económica distinta, esto es: denota una alternativa económica.⁴¹

En efecto, el modelo de economía social reacciona para neutralizar lo que siente como amenaza o exclusión, creando riqueza y compitiendo con el mercado pero de una manera alternativa. Su base económica son los ahorros de las personas generalmente hechos a base de esfuerzos, lo cual exige mayor transparencia y eficacia.

Pero el ingrediente que da mayor cohesión es la solidaridad, siendo tan fuerte este concepto que bien podría afirmarse es el motor de la economía social para la creación de empresas colectivas cuando estas sean creadas para el beneficio de todos sus integrantes, de forma igualitaria repercutiendo en el entorno social en forma de generación de empleo. En consecuencia hace falta tan solo convencer a nuestros go-

41. DE CASTRO SANS, MARCOS, «La economía social y solidaria, un proyecto complementario e incluyente», *Memoria del Foro Internacional de Economía Social y Solidaria*, p. 37.

biernos de apoyar el desarrollo de esta economía social que parte de la base, «desde abajo» a través de políticas públicas, de la misma forma que brindan su apoyo al desarrollo de las empresas capitalistas y en general a la economía de mercado. Es necesario, por tanto, que los poderes públicos pongan en marcha políticas incluyentes para facilitar el desarrollo de todos los sectores sociales.

En México como en otros países, existen diversos grupos en los que participan activistas sociales, académicos, líderes, funcionarios de gobierno, en aras de generar acciones a través de espacios de reflexión y discusión colectiva con el propósito de poder consensuar un marco conceptual acerca de este modelo de economía alternativa, como: Pablo González Casanova, José Luis Calva, Julio Boltuín, Félix Cadena Barquín, entre otros más, y en América Latina esta acción se ve coordinada por José Luis Coraggio (de Argentina), Francisco Gutiérrez (de Costa Rica), Luis Razeto (de Chile), Euclides Mance (Brasil), entre otros más. Participan también en torno a la disensión de la economía solidaria Francia y España.⁴²

Rogelio Gómez Hermosillo sostiene que para planear una política pública de fomento al desarrollo social incluyente, es necesario promover la economía social y solidaria, proyectándola hacia los diferentes actores, a las cooperativas, a los pequeños productores, a la asociación, a los empresarios sociales, etc., y para ello propone que sobre el tema del fomento a la economía social y solidaria es necesario: que sea económica, que sea social y que intervenga el sector financiero. Esto es, que no puede abstraerse de la necesaria lógica de la inversión y rentabilidad, de producción y crecimiento, de producción y comercialización, y en general de todos los conceptos de la lógica de la economía.

Así mismo propone que no hay que crear mercados alternativos sino alternativas de mercado, pues sostiene que no hay futuro si no se fomentan la productividad y la competitividad.

Que sea social y solidaria, lo cual implica que se reconozca que hay una economía fragmentada, reconociendo que se parte de una desigualdad, por tanto hay condiciones de asimetría entre los productores y una

42. CADENA BARQUÍN, FÉLIX, *op. cit.*, p. 13.

serie de problemas de desarticulación de los mercados, entonces hay que invertir en la equidad y la inclusión. Se deben fomentar el asociacionismo y las alianzas, promoviendo todos aquellos espacios que generan nichos para esta economía social y solidaria. Bajo esta lógica de política pública se debe diferenciar el acceso a los créditos de los subsidios, pues según opina el mencionado autor no se puede seguir disfrazando al subsidio de crédito o allegando créditos no cobrables, pues los subsidios generalizados cuando se llegan a confundir con los créditos generan una distorsión de la dinámica financiera y productiva de la economía social y solidaria y no solo de la economía en general.

Que se promueva el sector financiero en la parte que van los programas públicos y las instituciones públicas estén orientadas al cliente, pues cuando los bancos o las cooperativas están en función de sus clientes, entonces tienen que generar los productos en los tiempos, las formas y los plazos que estos clientes requieran y no en los plazos de las normativas secundarias hechas para otra cosa. Esto es, hay que integrar la cadena financiera para que sea un sistema financiero completo.⁴³

No obstante lo anterior existe la opinión generalizada de políticas contradictorias que desarticulan el mercado local del mercado nacional, de los mercados regionales y del mercado de exportación global. Que en lugar de integrar un nuevo modelo de desarrollo lo desintegra y que en lugar de fortalecer la economía local la debilita, pues afecta al sector exportador, con lo cual se está generando una contradicción, existiendo por tanto un abandono a los pequeños productores, pero lo cierto es que la economía solidaria constituye una propuesta eficaz para todos aquellos esfuerzos que produzcan el desarrollo social con el fin de superar la pobreza. Además los objetivos de la economía solidaria así como sus valores e ideales representan una vía efectiva para la superación de la pobreza y el desarrollo social caracterizados por elevados niveles de desocupación como ya hemos visto, y por una injusta inseguridad social y económica citando textualmente a Luis Razeto, que menciona:

43. GÓMEZ HERMOSILLO, ROGELIO, «Desarrollo de la economía social y solidaria: necesidades y oportunidades», *Memoria del Foro Internacional de Economía Social y Solidaria*, pp. 85-87.

La teoría y la práctica de la economía social y solidaria deben ser atentamente consideradas en la elaboración de políticas y en la organización de las acciones tendientes a superar la pobreza y a generar el desarrollo social.⁴⁴

Y muestra con ello que la perspectiva del desarrollo de una economía del trabajo bien puede contribuir a pensar en alternativas viables para la acción conjunta desde el Estado y la sociedad.

Para finalizar retomaremos las palabras de Juan Gerardo Domínguez, quien sostiene que:

[...] debemos crear un modelo donde quepan todos los sectores, todas las culturas, donde no se pierda el desarrollo humano, donde la solidaridad rijan las relaciones entre las personas, donde la democracia y los derechos humanos formen parte central del desarrollo, donde la cultura recupere y reafirme la identidad y donde la liberación de las potencialidades del ser humano componga la fuente principal y permanente del desarrollo, pues las crisis económicas deben pasar a la historia junto con todas las distorsiones en la vida social que de ellas derivan.⁴⁵

Palabras con las que desde luego estamos de acuerdo bajo la convicción de que: ¡otro mundo es posible!

BIBLIOGRAFÍA

- BUENO CASTELLANOS, C. (2000): *Globalización: una cuestión antropológica*, Ciesas y Porrúa, México.
- CADENA BARQUÍN, F. (2005): *De la economía popular a la economía de la solidaridad*, FOMIX, ECOSOL, El Colegio de Tlaxcala, México.
- CASTRO SANS, M. (2002): «La economía social y solidaria, un proyecto complementario e incluyente», *Memoria del Foro Internacional de*

44. RAZETO MIGLIARO, L., *Las empresas alternativas*, Eds. Pet. Santiago, 1986. p. 83.

45. DOMÍNGUEZ, J. G., «Reticulación entre empresas autogestivas. El fin del dinero y restauración del crédito social», en *De la economía popular a la economía de la solidaridad*, p. 179.

- Economía Social y Solidaria*, Secretaría de Economía, Comisión de Fomento Cooperativo y Economía Social, FONAES, México, 2002.
- COLOMER VIADEL, A. (2007): *Comunidades y Ciudades, Constituciones y Solidaridades*, Universitat Politècnica de València, Valencia, España.
- FLORES OLEA, V. (2002): *Crítica de la globalidad*, Fondo de Cultura Económica, México.
- DOMÍNGUEZ, J. G. (2005): «Reticulación entre empresas autogestivas. El fin del dinero y restauración del crédito social», en *De la economía popular a la economía de la solidaridad*, FOMIX, ECOSOL, El Colegio de Tlaxcala, México.
- GÓMEZ HERMOSILLO, R. (2002): «Desarrollo de la economía social y solidaria: necesidades y oportunidades», *Memoria del Foro Internacional de Economía Social y Solidaria*, Secretaría de Economía, Comisión de Fomento Cooperativo y Economía Social, FONAES, México.
- GONZÁLEZ DÍAZ, F. L. (1978): *El derecho social y la seguridad social integral*, 2ª ed., UNAM, México.
- HINOSTROZA FERNÁNDEZ, L. (1989): *Movimiento Cooperativo Internacional. Cooperativismo y sector social en México*, Universidad Autónoma Metropolitana, México.
- IZQUIERDO, M. (2003): *Naturaleza de las empresas cooperativas en México*, tesis doctoral, UNAM, México.
- LABRIEGA VILLANUEVA, P. A. (1985): *La Reforma de Legislación Mercantil* (recopilación), Porrúa, México.
- LOMBARDO DÍAZ GONZÁLEZ, F. (1978): *El derecho social y la seguridad social integral*, 2ª ed., UNAM, México.
- RAZETO MIGLIARO, L. (2002): *Las empresas alternativas*, Nordan-Comunidad, Montevideo.
- RUIZ DE CHAVEZ, M. (1992): *La cooperativa*, Editorial Pac, México.

Fuentes

Mujeresporlademocracia.blogspot.com/2010/07/formación-de-cooperativas-y.html

Diario de debates (Intervención de C. Espinoza. 46ª sesión ordinaria. 17. 01. 1917) (Intervención del C. Alfonso Romero).

Diario Oficial de la Federación de 21 de mayo de 1934 y de 1994.

Exposición de motivos Ley General de Sociedades Cooperativas 1934.

Exposición de motivos Ley General de Sociedades Cooperativas 1994.

«Datos Históricos sobre el cooperativismo en México», *Revista Mexicana del Trabajo*, Quinta Época, tomo ix, 1, México, 1972, p. 9.

Exposición de motivos del Constituyente de 1917. *Diario de Debates* (Dictamen, 39 Serie ordinaria, 12. 01. 1917).

**PANORÁMICA GENERAL DEL SISTEMA
ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL:
ESPECIAL REFERENCIA AL SISTEMA
DE SEGURIDAD SOCIAL**

ARÁNTZAZU VICENTE PALACIO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Jaume I de Castellón*

I. LAS CINCO RAMAS ACTUALES DEL SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA: UNA BREVE PRESENTACIÓN

Resultaría erróneo limitar la protección social que en la actualidad existe en España exclusivamente a la dispensada en el ámbito de la Seguridad Social aunque este sí constituye el más importante de los mecanismos de protección social, tanto en términos económicos¹ como por su amplio campo de aplicación subjetivo.² En la actualidad es posible identificar en España hasta cinco ramas distintas de protección social,³ todas ellas de naturaleza pública, que a través de técnicas similares,

1. En términos económicos, en 2009 los ingresos del Sistema de Seguridad Social (contributiva) supusieron un total de 124.058.490.000 € entre cotizaciones (106.554.130.000 €), otros ingresos corrientes (15.960.720.000 €), operaciones de capital (1.173.580.000 €) y operaciones financieras (370.060.000 €). Datos extraídos del *Anuario de Estadísticas Laborales 2009*. Tabla CSS-02 Liquidación del Presupuesto de Recursos y Aplicaciones del total sistema de la Seguridad Social. Desde la perspectiva de los gastos en prestaciones, y atendiendo exclusivamente a las prestaciones del nivel contributivo del Sistema de Seguridad Social, a 1-9-2010 existen en España un total de 8.697.520 pensionistas (jubilación, incapacidad permanente, viudedad, orfandad y en favor de otros familiares), con un gasto previsto en pensiones contributivas para el año 2010 de 95.320.460.000 €.

2. A 31-12-2009, son 17.916.800 los afiliados al Sistema de Seguridad Social, en los distintos regímenes que integran el sistema, tanto de trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia.

3. Sobre el concepto de «protección social» como superador de la noción más restringida de Seguridad Social, vid. DE LA VILLA GIL, L. E., «Las pensiones sociales: problemas y alternativas», en VVAA *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas*, 1999, pp. 3-34; «El contenido constitucional de la asistencia social», en VVAA *El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, 2003; «El modelo consti-

aunque diferentes, tienen por finalidad atender o reparar estados de necesidad: la Seguridad Social; la asistencia sanitaria; la asistencia social; la protección de la dependencia y los servicios sociales. alguna de estas prestaciones perteneció originariamente al ámbito objetivo de la Seguridad Social y con posterioridad adquirió autonomía: es el caso de la asistencia sanitaria. En otros casos, se trata de prestaciones de factura totalmente nueva: la protección de la dependencia; y finalmente, otras prestaciones que constituyeron originariamente el germen del actual sistema de Seguridad Social han sufrido en los últimos años un nuevo renacer, consecuencia fundamentalmente del desarrollo económico de los años anteriores a la actual crisis económica y financiera pero, sobre todo, a resultas de la nueva organización territorial de España con el reconocimiento constitucional (1978) de las comunidades autónomas, que se reparten con el Estado central las distintas competencias de forma que mientras se han reservado al Estado las competencias en materia de Seguridad Social (art. 149.1.17ª Constitución Española [en adelante CE]) se ha reconocido la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan asumir competencias en materia de asistencia social y servicios sociales (arts. 148.1.20ª y 21ª CE) y que no siempre es fácil deslindar las fronteras entre la Seguridad Social y la Asistencia Social hace fe las reiteradas veces en que el Tribunal Constitucional ha tenido que intervenir en la resolución de conflictos de competencia entre el Estado y alguna Comunidad Autónoma.⁴

No obstante, la actual crisis económica y financiera que se ha sentido con especial intensidad en España ha llevado a la adopción de nuevas medidas legislativas de reforma del sistema de protección social en una importantísima contracción de la protección social pública. Algunas de estas medidas han sido puntuales –como la congelación de pensiones

tucional de protección social» en VVAA, *El modelo social en la Constitución Española*, 2003.

4. Sobre el particular, vid. *in extenso* LÓPEZ CUMBRE, L. «Protección social y Comunidades Autónomas», Ponencia presentada al XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barcelona, 20-21 de mayo de 2010. Se puede descargar en <http://www.aedtss.com>.

Vid. también MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUECA, M.A., *Protección social, seguridad social y asistencia social. España y la Unión Europea*, CES, Madrid, 2005.

para el año 2012– mientras que otras son reformas que tienen vocación de permanencia, como las que afectan a la elevación de la edad ordinaria de jubilación o las referidas a la forma de cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, por señalar solo algunas de las más significativas (Ley 27/2011). A razones de otra índole responden las distintas normas de simplificación de la estructura del sistema de Seguridad Social mediante la integración de algunos de los regímenes especiales todavía subsistentes (agrario, empleados de hogar) en el Régimen General y en el Régimen de Trabajadores Autónomos (Ley 18/2007; Ley 27/2011; Ley 28/2011).

I.1. Sobre la autonomía de la asistencia sanitaria. Su progresiva ampliación subjetiva y cuestiones pendientes (1986-2011). Una vuelta –confusa– a los orígenes profesionales de la asistencia sanitaria, justificada en razones presupuestarias (2012)

Constituye ya un lugar común señalar que la asistencia sanitaria constituía una prestación autónoma del sistema de Seguridad Social aunque en el largo camino recorrido desde los inicios de la configuración de sistemas de protección social fuera uno de los seguros sociales unificados (el seguro obligatorio de enfermedad) cuya evolución, junto al resto de seguros sociales unificados, determinaron el nacimiento el 1-1-1967 del actual sistema de Seguridad Social.⁵ La asistencia sanitaria fue has-

5. Efectivamente, España siguió un sistema de creación de seguros sociales similar al modelo germánico promovido por Bismarck, en el que claramente se inspiró. Tras la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, que estableció la responsabilidad objetiva del empresario por los accidentes de trabajo que sufrieran los trabajadores sobre la base de la teoría del riesgo de empresa, se fueron implantando distintos seguros sociales, autónomos del anterior para dispensar protección a los trabajadores de la industria y comercio con un determinado nivel de rentas, por riesgos sociales: retiro obrero (1919), protección familiar, maternidad (1929), enfermedad (1942). Cada uno de ellos tenía su propia regulación y su propio organismo gestor. La financiación era normalmente a cargo del empresario y del trabajador, de carácter obligatorio para ambos aunque en algunos casos, también participaba el Estado. Estos seguros fueron modificando su denominación y régimen jurídico a lo largo de los años hasta que en

ta entonces una prestación en especie dispensada en el marco del sistema de Seguridad Social a la que, por tanto, se tenía acceso en cuanto sujeto comprendido en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, condición que se adquiría por la realización de una actividad profesional al tratarse de un sistema de naturaleza contributiva-profesional.

El periodo 1986-2011 supuso la autonomización progresiva de la asistencia sanitaria respecto del sistema de Seguridad Social, autonomía que se ha manifestado en muchos aspectos. Constitucionalmente, el derecho a la seguridad social se contempla en el artículo 41 CE que impone a los poderes públicos la obligación de mantener un régimen público de Seguridad Social, mientras que la asistencia sanitaria se contempla como derecho a la protección de la salud en el artículo 43 CE. Pero más importante por sus consecuencias es el hecho de que la Constitución Española configura la Seguridad Social como competencia exclusiva del Estado de forma que, en el reparto de poderes estatales que implica la existencia de un Estado autonómico como es el español, las Comunidades Autónomas carecen de competencias legislativas en materia de Seguridad Social; sin embargo, las Comunidades Autónomas sí pueden asumir –como de hecho todas ellas tienen asumidas– competencias en materia de asistencia sanitaria. Estas competencias de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia sanitaria alcanzan no solo a la organización y dispensación de la misma sino, lo que es más importante, les corresponde también su financiación tras la reforma operada del sistema de financiación autonómico operado con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de Cesión de Tributos.⁶

Buena muestra de la complejidad de esta materia, sin embargo, es que la asistencia sanitaria derivada de accidente de trabajo o de enfermedad profesional se apartaba de lo señalado y ha mantenido su consideración originaria: es decir, ha continuado dispensándose en el ámbito del sistema de Seguridad Social, lo que implica, específicamen-

1963, con la promulgación de la Ley de Bases de Seguridad Social, se establecen los criterios para la creación de un único sistema de Seguridad Social.

6. En la actualidad, esta norma ha sido derogada por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, para las comunidades autónomas que acepten en comisión mixta el nuevo sistema de financiación que esta norma viene a establecer.

te, no solo la posibilidad de que fuera gestionada por una entidad específica cuando la empresa hubiera optado por asegurar la cobertura de las contingencias profesionales con una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sino también que se financiaba a través de las cuotas de los trabajadores y empresarios y, por tanto, con cargo al presupuesto de la Seguridad Social y no por la vía de los impuestos estatales cedidos, como es lo habitual. Las consecuencias de esta autonomía son claras: además de la cuestión relativa a su financiación ahora totalmente a cargo de las comunidades autónomas sin perjuicio de la posibilidad de transferencias finalistas del Estado, lo relevante sobre todo es que la delimitación de los sujetos protegidos ya no estaba constreñida o condicionada por las notas que definen el campo de aplicación de la Seguridad Social –la realización de actividad profesional–, sino que se configuraba como un servicio nacional de carácter universal dispensándose prácticamente a todos los ciudadanos.

No obstante, este proceso de universalización iniciado en 1986 con la constitución del Sistema Nacional de Salud (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y RD 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende el derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes) todavía no había culminado y se esperaba que pudiera completarse en un breve plazo y así lo reconocía la Ley 33/2011, de 4 de octubre (DA6^a)⁷. Por lo que se refiere a los extranjeros residentes en España, se les había venido reconociendo el derecho a la asistencia

7. Disposición adicional sexta. Extensión del derecho a la asistencia sanitaria pública.

1. Se extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico.

Esta extensión, que tendrá como mínimo el alcance previsto en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, se hace sin perjuicio de lo expresado en los apartados siguientes y de la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos terceros legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Sanidad, en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia.

La extensión prevista en este apartado será efectiva para las personas que hayan agotado la prestación o el subsidio de desempleo a partir del 1 de enero de 2012.

sanitaria en términos muy amplios, con el único requisito general de su empadronamiento, que incluso era innecesario en caso de menores, mujeres embarazadas y en casos de urgencia (art. 12 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000 de 22 de diciembre y por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre).

Sin embargo, la crisis económica y financiera iniciada el año 2007 con la quiebra de Lehman Brothers ha tenido una fuerte incidencia en la regulación del acceso a la asistencia sanitaria, tanto de los españoles como de los extranjeros, lo que se ha materializado con la aprobación durante este año 2012 de diversas normas que han traído consigo un retroceso en el camino de la autonomización de la asistencia sanitaria respecto del ámbito objetivo de la Seguridad Social, aunque el objeto directo de la reforma operada por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril no ha sido tanto este como la voluntad de limitar el proceso de universalización del derecho a la asistencia sanitaria iniciado con la Ley 14/1986, de 25 de abril y todo el proceso que dicha norma puso en marcha. Efectivamente, el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones ha resucitado la condición de «asegurado» como título jurídico habilitante para acceder a la protección, condición que se vincula directamente con la realización de actividad profesional, en definitiva, con la pertenencia o no al sistema de Seguridad Social. Así, tienen la condición «asegurado» los trabajadores

Para el resto de colectivos afectados se realizará, atendiendo a la evolución de las cuentas públicas, en los términos previstos en el apartado 3.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no modifica el régimen de asistencia sanitaria de las personas titulares o de beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por MUFACE, MUGEJU o ISFAS, que mantendrán su régimen jurídico específico. Al respecto, las personas encuadradas en dichas mutualidades que hayan optado por recibir asistencia sanitaria a través de las entidades de seguro deberán ser atendidas en los centros sanitarios concertados por estas entidades. En caso de recibir asistencia en centros sanitarios públicos, el gasto correspondiente a la asistencia prestada será reclamado al tercero obligado, de acuerdo a la normativa vigente.
3. En el plazo de seis meses, el Gobierno determinará reglamentariamente los términos y condiciones de la extensión del derecho para quienes ejerzan una actividad por cuenta propia.

por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados y en situación de alta o asimilada; los pensionistas del sistema de Seguridad Social; los perceptores de cualquier otra prestación periódica de Seguridad Social incluidas las prestación y el subsidio por desempleo, así como quienes hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo, siempre que figuren inscritos como demandantes de empleo. Por tanto, solo quienes están incluidos en el sistema de Seguridad Social por realizar actividad profesional y están en activo (en alta o situación asimilada) o, en su caso, quienes estuvieron vinculados al sistema de Seguridad Social en el pasado (pensionistas o perceptores de otras prestaciones del sistema) tienen derecho a la asistencia sanitaria. Además, la condición de beneficiario (titular de la asistencia sanitaria por derecho derivado) también se ha restringido, pues se predica únicamente del cónyuge o pareja de hecho inscrita oficialmente y los hijos menores de 26 años o incapacitados en un grado igual o superior al 65%. Se ha restablecido así el límite de edad para descendientes suprimido hace ya muchos años, con la única excepción de hijos discapacitados (en un grado muy elevado) dejando así fuera de la asistencia sanitaria a los hijos mayores de 26 años que aún no han tenido tiempo de incorporarse al mercado de trabajo y esto en un país que en el segundo trimestre del 2012 tiene una tasa de paro de 24,63%, alcanzando el 53,28% en los menores de 25 años y el 25,53% entre 25 y 54 años. También la asistencia sanitaria de los ciudadanos extranjeros (no comunitarios) se ha restringido, pues se exige ahora la residencia legal en España, salvo supuestos de urgencia, menores de 18 años y embarazadas durante la gestación, el parto y el puerperio frente a la regulación anterior en la que se garantizaba la asistencia sanitaria pública y gratuita a todos los extranjeros con la única exigencia de que estuvieran empadronados en el municipio de residencia, requisito que no se exigía a los menores, mujeres embarazadas y en los casos de urgencia.

Las competencias de las comunidades autónomas en materia de asistencia sanitaria son legislativas y ejecutivas: a la comunidad autónoma le compete organizar (y financiar) las prestaciones concretas a dispensar si bien existe una intervención estatal que marca un mínimo común de

prestaciones –el Catálogo de Prestaciones–⁸ para asegurar el principio de igualdad de todos los españoles. No obstante, nada impide que las Comunidades Autónomas, asegurado el nivel mínimo previsto en el Catálogo de Prestaciones, puedan prever prestaciones suplementarias y adicionales a dicho mínimo, pues, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Constitucional, la igualdad en ningún caso puede ser entendida como una monolítica uniformidad, lo que sería incompatible con la autonomía, sino que la igualdad debe predicarse respecto de unas condiciones básicas o contenido primario del derecho.⁹

I.2. Nuevos tiempos para la asistencia social. De germen del sistema de Seguridad Social a una nueva rama de la protección social pública

El resurgir de la asistencia social también ha tenido mucho que ver con el desarrollo del Estado autonómico previsto por el título VIII CE. Si históricamente la asistencia social fue el germen de los sistemas de Seguridad Social diferenciándose de esta en su discrecionalidad y su condicionamiento a disponibilidades presupuestarias, en la actualidad la principal diferencia entre una y otra radica en la Administración de la que procede o, desde otra perspectiva, en su fundamento constitucional, pues mientras la Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado y encuentra su fundamento constitucional en el art. 149.1.17^a, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de asistencia social sobre la base de la habilitación contenida en el art. 148.1.20^a CE, como de hecho prácticamente todas ellas han hecho, instaurando prestaciones económicas para los ciudadanos residentes en sus territorios que, en situación de necesidad, carecen de unos ingresos mínimos, prestaciones que reciben denominaciones variadas: ingresos

8. Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

9. Vid. entre otras muchas, SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 156/1995, de 26 de octubre; 61/1997, de 20 de marzo; 173/1998, de 23 de julio.

mínimos de inserción;¹⁰ ingreso mínimo de solidaridad;¹¹ ayuda económica básica;¹² ingreso mínimo de solidaridad;¹³ renta mínima de inserción;¹⁴ ayudas para la integración de situaciones de emergencia social;¹⁵ renta básica;¹⁶ ingreso mínimo familiar;¹⁷ y renta garantizada de ciudadanía.¹⁸ Se trata de prestaciones económicas que tienen por finalidad otorgar rentas mínimas que, a la par que la subsistencia de las personas en situaciones extremas de necesidad, permitan su integración social, siendo esta dimensión de inserción o integración por la que están apuntando o apostando las últimas actuaciones normativas autonómicas, en línea con la evolución que estas políticas de inclusión social han sufrido en el ámbito europeo de transición desde el WelfareState al WorkfareState.

En todo caso, la diferencia no siempre es tan sencilla: el hecho de que en el sistema de Seguridad Social existan también prestaciones de carácter no contributivo, es decir, para todos los ciudadanos cuando se encuentran en unas determinadas y muy limitadas situaciones de necesidad, así como el hecho de que dentro de la Seguridad Social también quepa la posible dispensación de asistencia social, enturbian o dificultan la delimitación de ambas técnicas de protección en su conformación tradicional, que se ve complicada muchas veces por debates o conflictos de carácter político. El único criterio que actualmente es válido para deslindar las prestaciones de Seguridad Social (contributivas y no contributivas) y el ámbito de actuación de la asistencia social es la delimitación legal que realiza la Ley General de Seguridad Social (en adelan-

10. Castilla y León (Decreto 126/2004, de 30 diciembre).

11. Andalucía (Decreto 2/1999, de 12 enero y Orden de 8 octubre 1999).

12. Canarias (Decreto 13/1998, de 5 de febrero).

13. Castilla-La Mancha (Decreto 179/2002, de 17 diciembre).

14. Cataluña (Ley 10/1997, de 3 de julio, de Renta Mínima de Inserción); Madrid (Ley 15/2001, de 27 de diciembre), Murcia (Ley 3/2007, de 16 de marzo), Islas Baleares (Decreto 117/2001, de 28 septiembre).

15. Extremadura (Decreto 28/1999, de 23 febrero).

16. Navarra (Decreto Foral 168/1990, de 28 junio).

17. País Vasco (Decreto 39/1989, de 28 febrero).

18. Castilla y León (Ley 7/2010, de 30 agosto); Comunidad Valenciana (Ley 9/2007, de 12 de marzo).

te, LGSS)¹⁹ de su acción protectora (art. 38.4 LGSS) según la cual se incluye dentro del Sistema de Seguridad Social cualquier prestación pública que tenga por finalidad complementar o ampliar cualquier prestación de la modalidad contributiva: las prestaciones económicas de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgos durante el embarazo y la lactancia; cuidado de menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; muerte y supervivencia; y desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial. Las Comunidades Autónomas pueden, pues, complementar las pensiones no contributivas de Seguridad Social, pues la limitación legal anterior solo se predica de las pensiones contributivas.

I.3. Los servicios sociales. La coexistencia de servicios sociales dispensados por las distintas Administraciones Públicas

Por su parte, tradicionalmente los servicios sociales se han caracterizado por tratarse de prestaciones de tipo técnico o en especie, lo que permitía su fácil distinción con la Seguridad Social y con la asistencia social. Esta diferenciación, sin embargo, se ha visto también difuminada con la intervención de las Comunidades Autónomas –quienes también pueden asumir competencias en materia de servicios sociales (ex art. 148.1.20^a CE)–, que han establecido en muchos casos conjuntamente con la asistencia social distintos servicios sociales que, por otro lado, no excluyen que también en el ámbito de la Seguridad Social quepa su establecimiento (de hecho, el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales es una entidad gestora de la Seguridad Social que dispensa prestaciones para personas mayores, discapacitadas, emigrantes). En todo caso, en general, son prestaciones en especie –sin que quepa descartar la posibilidad de prestaciones económicas– pero que se caracterizan por ir dirigidas a colectivos específicos. Cuando se dispensan en el ámbito de la Seguridad Social tienen carácter complementario respecto de las

19. Aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

prestaciones de Seguridad Social, por lo que exigirá la pertenencia del sujeto al sistema de Seguridad Social según las reglas de esta pero no así cuando se fundamenta en otros amparos constitucionales y/o legales, y concretamente cuando se dispensan en el ejercicio de sus competencias por las comunidades autónomas que alcanzan, además de los colectivos señalados, a menores y a mujeres víctimas de violencia de género.

Entre los distintos servicios sociales actualmente dispensados se pueden citar a título ejemplificativo los siguientes. Para personas mayores: los centros asistenciales y sociales, los programas de termalismo social, los populares programas de vacaciones para mayores que organiza el IMSERSO anualmente, y los programas de teleasistencia domiciliaria; para las personas discapacitadas: también los centros de atención, los centros de recuperación de minusválidos físicos, los centros de atención de minusválidos físicos y psíquicos, el Centro Estatal de Referencia de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT), entre otros; para los menores: centros de acogimiento para menores en situación de desamparo; para menores en situación de riesgo social: los centros de día y los servicios de atención socio-laboral, los servicios de atención psicológica para menores víctimas de abusos, sexuales o no, los puntos de encuentro familiar, el teléfono del menor, el Servicio Social de Atención Precoz; o para las víctimas de violencia de género, centros de alojamiento o servicios de orientación, incluyéndose para este colectivo una amplia gama de medidas, algunas de tipo económico e incluso dispensadas dentro del ámbito de la Seguridad Social –la protección por desempleo especial por ejemplo– en lo que constituye una muestra clara de la convergencia de las distintas técnicas de protección social.

I.4. La protección de la dependencia. El más reciente mecanismo de protección social pública

La protección de la dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre) constituye el más reciente mecanismo de protección social arbitrado por los poderes públicos para la atención de las situaciones de necesidad y es también un buen ejemplo de la mutabilidad de las fronteras de los

mecanismos de protección social, pues ha supuesto la conformación de un auténtico derecho subjetivo a recibir, por parte de aquellas personas en situación de dependencia, la necesaria atención de los poderes públicos a través tanto de prestaciones en especie como a través de prestaciones de carácter económico. Es también una clara muestra de la constante evolución en la que se mueven las necesidades sociales y consiguientemente, de la necesidad de una constante actuación pública para redefinir o modular nuevos mecanismos de protección social: la asistencia sanitaria y las prestaciones económicas de Seguridad Social son insuficientes para hacer frente a la nueva realidad derivada de los cambios demográficos y sociales que determinan la existencia de un gran número de ciudadanos en situación de dependencia.

En su dispensación intervienen tanto el Estado como las Comunidades Autónomas por la confluencia de competencias de ambas administraciones, e incluso de las corporaciones locales (diputaciones provinciales y ayuntamientos). Para coordinar debidamente estas diferentes Administraciones Públicas se ha creado el Sistema Nacional para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), que sirve de cauce para la colaboración entre ellas y para la optimización de los recursos públicos y privados. La intervención estatal en una materia que, inicialmente, constituye un «servicio social» y, por tanto, competencia de las Comunidades Autónomas, se fundamenta en la necesidad de garantizar a los ciudadanos y las propias Comunidades Autónomas un marco estable de recursos y servicios para la atención de la dependencia garantizando a la vez el principio de igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a dicha protección.

Y es que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Protección de la Dependencia, establece tres niveles de protección: un nivel mínimo establecido por la Administración estatal o central; un nivel complementario, que se acuerda entre la Administración estatal y las Comunidades Autónomas a través de los conciertos en tal sentido; y un nivel adicional que puede establecer con carácter voluntario la correspondiente Comunidad Autónoma. Con este sistema de mínimo a cargo del Estado/complementario financiado conjuntamente por el Estado y la Comunidad Autónoma/y voluntario por la Comunidad Autónoma se quiere garanti-

zar la adecuada asistencia a aquellas personas que se hallan en situación de dependencia, la cual se define como: «[...] el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal».

La Ley de Dependencia, en general, prevé la dispensación de servicios sociales y solo con carácter residual el abono de prestaciones económicas. Entre las primeras están: el servicio de ayuda a domicilio (atención a las necesidades del hogar y cuidados personales); el servicio de centro de día y de noche para mayores, para menores de 65 años y el centro de día de atención especializada así como el centro de noche; y finalmente, el servicio de atención residencial, que comprende residencia para personas mayores, residencia de personas mayores en situación de dependencia y el centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad. Como prestaciones económicas, se prevén, en primer lugar, la prestación económica vinculada al servicio que constituye una prestación sustitutiva del servicio de atención residencial (permanente o temporal), del servicio de centro de día y noche; del servicio de ayuda a domicilio y de la teleasistencia; en segundo lugar, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y para apoyo a cuidadores no profesionales, respecto de la que se predica igualmente su carácter excepcional y, finalmente, la prestación económica de asistencia personal, cuya finalidad es la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia.

Esencial en la puesta en marcha de la Ley de Dependencia es la calificación o clasificación de los dependientes, que puede ser en alguna de las tres categorías siguientes en función de la menor o mayor necesidad del dependiente para realizar las actividades básicas de la vida diaria mayor: *a)* grado I o dependencia moderada; *b)* grado II o dependencia moderada; y *c)* grado III o dependencia severa.

En todo caso, aunque el acceso a los servicios no está condicionado, como en los servicios de asistencia social, a la no superación de un determinado nivel de ingresos, lo cierto es que estos sí inciden en un doble sentido: en primer lugar porque la Ley de Dependencia prevé la posibilidad de establecer un sistema de copago para el acceso a los sistemas dispensados (con la excepción de la teleasistencia); y en segundo lugar, porque la cuantía de las prestaciones económicas puede verse modalizada en atención a la capacidad económica del beneficiario, previéndose también la posibilidad de deducir de la cuantía de las prestaciones económicas otras prestaciones públicas que el beneficiario pueda estar percibiendo con igual finalidad, como el complemento de gran invalidez –prestación de Seguridad Social de naturaleza contributiva pero cuya finalidad es retribuir a la persona que atiende al gran inválido a la que posteriormente se hará referencia– o, en el ámbito de las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, el complemento por necesidad de tercera persona en la invalidez no contributiva, o en la prestación por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior a 75%, el complemento establecido también con una finalidad similar. En todo caso, en la aplicación de la Ley de Dependencia la participación de las Comunidades Autónomas es esencial tanto por la posibilidad señalada de establecer unas prestaciones adicionales como por el hecho de que a ellas les corresponde el proceso de calificación de los dependientes en los distintos grados señalados.

No obstante, y también a resultas de la situación de crisis económica y financiera, la protección de la dependencia ha sufrido un duro varapalo que se ha materializado con la aprobación del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, que modifica en profundidad algunos aspectos de la protección de la dependencia y muy especialmente, se retrasa nuevamente el acceso a este sistema de protección a los dependientes moderados, que deberán esperar al 1-1-2015 para quedar incorporados al sistema de protección. Además, se reducen a tres los grados de dependencia, eliminando los anteriores niveles; se priorizan los servicios sociales en detrimento de las prestaciones económicas para la atención en el hogar familiar a través de cuidadores no profesionales, se reduce la cuantía de la retribución de estos últimos, así como la contribución pú-

blica a sufragar su inclusión en el sistema de Seguridad Social. Y todo esto en el marco de la suspensión de la financiación del nivel complementario que se acuerda entre la Administración estatal y las Comunidades Autónomas a través de los conciertos señalados.²⁰

II. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COMO LA RAMA MÁS IMPORTANTE DEL SISTEMA PÚBLICO DE PROTECCIÓN SOCIAL

II.1. La acción protectora dispensada por el sistema español de Seguridad Social. Niveles de protección: prestaciones y requisitos generales

Piedra angular del sistema de protección social pública es el sistema de Seguridad Social que constituye el fruto de un largo proceso de evolución histórica que se inicia en España con la promulgación de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.²¹ Desde el punto de vista económico, actualmente constituye el principal pilar del sistema de protección social público estatal.²² para el año 2012 se prevé un presupuesto total de gasto en prestaciones de 113.616.947,30 (miles de euros).

El nivel contributivo/profesional comprende en su campo de aplicación a quienes realizan una actividad profesional previamente definida por la norma. Cuál sea dicha actividad profesional determinará la inclusión en uno u otro régimen en los que se estructura el nivel contributivo de prestaciones, estructuración en regímenes que se explica por su gestación histórica, pero que en la actualidad tiene pocas consecuencias

20. Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012 (DA40^a).

21. Para una evolución histórica del sistema de Seguridad Social en España vid. MONTERO GARCÍA, FELICIANO; JOSEFINA CUESTA BUSTILLO y MERCEDES SAMANIEGO BONEU, «Los Seguros Sociales en la España del Siglo XX», Madrid (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), III volúmenes, 1988.

22. Datos extraídos de «Presupuestos de Gastos para 2012», Cuadro nº 9, que puede descargarse de: http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Presupuesto_aprobado/Gastos/index.htm.

desde el punto de la vista de la acción protectora, que es prácticamente idéntica en todos ellos, aunque con alguna pequeña singularidad. Estos regímenes especiales, además, son cada vez más reducidos, pues desde hace varias décadas se inició un proceso de simplificación de la estructura del sistema con la finalidad de dejar subsistente exclusivamente un régimen para trabajadores por cuenta ajena (régimen general) y otro régimen para trabajadores por cuenta propia o autónomos (R. E. de Trabajadores autónomos).²³ En todo caso, en el nivel contributivo es esencial la realización de una actividad profesional que determina la obligación de cotizar a la Seguridad Social por varios conceptos diversos, cotización que según el régimen concreto del sistema de Seguridad Social en el que quede encuadrado tiene sus propias normas, incluyendo la diferente participación de trabajador y empresario, en el caso de que se trate de una prestación de servicios por cuenta ajena. Por su parte, el nivel no contributivo, de aparición, mucho más tardía (Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas) integra las prestaciones no contributivas o universales, es decir, las que se dispensan a todos los ciudadanos con independencia de la realización o no de actividad profesional. Las situaciones de necesidad protegidas por estas prestaciones son bastante limitadas (vejez, invalidez e hijos a cargo) y están supeditadas a la efectiva situación de necesidad económica concretada en la

23. En la actualidad, solo subsisten como regímenes especiales, además del RETA, el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, el Régimen Especial de la Minería del Carbón, y el Régimen Especial de Estudiantes, además de los Regímenes Especiales de Funcionarios, de tipo presupuestario en la rama de pensiones (con cargo al Régimen de Clases Pasivas) y de tipo mutualista en el resto de prestaciones, con la existencia de tres mutualidades diferentes según el colectivo de funcionarios (Funcionarios Civiles del Estado; Funcionarios de la Administración de Justicia; y Funcionarios Militares). No obstante, no todos los funcionarios están incluidos en estos regímenes especiales de funcionarios pues los adscritos a las distintas Comunidades Autónomas están comprendidos en el Régimen General (el que integra a los trabajadores por cuenta ajena, en general) y, desde el 1-1-2010, todos los funcionarios de nuevo acceso a cualquier cuerpo o escala de cualquier otra administración quedan comprendidos, a efectos de pensiones, en el Régimen General aunque perciben el resto de prestaciones con cargo a las señaladas mutualidades. Las últimas integraciones lo han sido del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Empleados de Hogar, aunque se reconocen especialidades en materia de cotización.

falta de recursos económicos (para el año 2012, el límite general de recursos está establecido en 5.007,80 €/año).

La acción protectora dispensada por el nivel contributivo es bastante amplia y se concreta en las siguientes prestaciones económicas, una vez clarificado que la asistencia sanitaria es actualmente una prestación autónoma, con la única excepción de la derivada del accidente de trabajo o enfermedad profesional: *a*) la prestación económica por incapacidad temporal; *b*) la prestación económica por maternidad; *c*) la prestación económica por paternidad; *d*) las prestaciones económicas de riesgo durante el embarazo y la lactancia; *e*) la prestación para el cuidado de menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave; *f*) la prestación económica de incapacidad permanente; *g*) la prestación económica por jubilación; *h*) las prestaciones por muerte y supervivencia (que incluyen el auxilio de defunción; la prestación por viudedad –pensión o subsidio temporal–, la pensión de orfandad; y prestaciones a favor de otros familiares); e *i*) la prestación económica por desempleo.

Por su parte, en el nivel no contributivo se dispensan: *a*) las prestaciones familiares, aunque también existe una prestación en el nivel contributivo, que consiste en una ficción de cotización en determinados casos; *b*) la pensión de jubilación no contributiva; *c*) la pensión de invalidez permanente no contributiva.

La pensión de jubilación no contributiva exige como requisitos, además del general, común a prácticamente todas las prestaciones no contributivas (con la excepción de algunas de las prestaciones familiares) de la carencia de recursos en los términos señalados (aunque existen reglas especiales para la cuantificación de estos recursos según el solicitante esté o no integrado en una unidad familiar), que el solicitante sea mayor de 65 años y acredite en España, además de la residencia en el momento de la solicitud, una residencia de 10 años desde los 16 a la edad de devengo de la pensión de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación. La pensión de invalidez no contributiva exige, además de la carencia de recursos, que el solicitante sea mayor de 18 años y menor de 65 años y acredite y resida legalmente en territorio español y haberlo hecho durante 5 años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la

solicitud y fundamental, estar afectado por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65%. Las prestaciones familiares son de tres tipos: *a*) la asignación económica por hijo a cargo menor de 18 años o mayor incapacitado en grado igual o superior al 65%; *b*) la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas; *c*) la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Por lo que respecta a la protección en el nivel contributivo, además de los requisitos específicos referidos a cada prestación, definitorios de la propia situación protegida, en el nivel contributivo se exigen dos requisitos generales, que conectan con su carácter contributivo y profesional. En primer lugar, en general –y aunque en la actualidad existen excepciones que atenúan la rigidez que se deriva de este requisito–, se exige que el trabajador se encuentre en situación de alta (es decir, en situación de activo) o en lo que se conoce como «situaciones asimiladas al alta», que son aquellas situaciones en las que el trabajador propiamente no está en activo pero que el ordenamiento considera o equipara al alta (art. 125 LGSS). Se trata de un requisito de naturaleza claramente profesional: no es solo que la realización de actividad profesional constituya la primera condición o requisito que determina la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social sino que, además, es necesario estar en el desarrollo o ejecución de actividad profesional en el momento en que sobreviene el hecho causante para tener derecho a las prestaciones; en definitiva, se exige una conexión «actual» del sujeto causante con la actividad profesional para tener derecho a las prestaciones. Este requisito –que como es evidente tiene un claro efecto excluyente pues deja fuera de la protección a quien, pese a haber realizado actividad profesional y haber cotizado, incluso durante un periodo dilatado de tiempo, no se encontraba en activo en el momento de sobrevenirle la situación de necesidad– en la actualidad se ha atenuado y no se exige para acceder a alguna de las prestaciones dispensadas aunque esta flexibilización se ha compensado mediante el endurecimiento del otro requisito general exigido para acceder a las prestaciones: el periodo de cotización o de carencia previa. Efectivamente, el segundo requisito

general al que se condiciona el acceso a las prestaciones contributivas, aunque solo cuando derivan de enfermedad común, es la necesidad de acreditar un periodo de cotización previa. Se trata de un requisito claramente contributivo: solo cuando se reúne ese periodo mínimo de cotización, variable según la prestación, se tiene derecho a la misma. Sin embargo, el periodo de cotización se incrementa notablemente en aquellos casos en los que es posible acceder a la prestación sin la concurrencia del primer requisito señalado: la situación de alta o asimilada. Se compensa así la atenuación del requisito «profesional» (realización actual de actividad profesional) con el endurecimiento del requisito «contributivo» (el periodo de cotización previa). Además, parte de este periodo de cotización debe cumplirse en un periodo de tiempo determinado en la búsqueda de que el apartamiento del beneficiario del mercado de trabajo —de la actividad profesional— no sea muy lejano.

En la actualidad²⁴ las prestaciones a las que cabe acceder desde la situación de no alta son: la incapacidad permanente en sus grados de absoluta y gran invalidez (es decir, en sus mayores grados); la prestación de jubilación; y las prestaciones de muerte y supervivencia (salvo el auxilio por defunción). Como se ha apuntado, los periodos de cotización que se exigen cuando el trabajador está en activo son variables, según la prestación: así, para acceder a la prestación de incapacidad permanente el periodo de cotización varía según la edad del sujeto causante —como media, cabe señalar que para los mayores de 52 años se exige un perio-

24. Esta posibilidad se ha reconocido progresivamente. La primera norma que atenuó este requisito fue la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, que admitió la posibilidad de acceder a las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente en sus grados de absoluta y gran invalidez atajando así la jurisprudencia humanizadora que entendía que no podía privarse de la protección a aquellos afiliados que, acreditando una «carrera regular de seguro», se daba la circunstancia de que no se hallaban en alta o situación asimilada al alta en el momento de sobrevenirles la situación protegida. La extensión de esta posibilidad a las prestaciones de muerte y supervivencia es mucho más tardía: habrá que esperar a la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social (D.A.13^a) y nuevamente a la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para que quede unificado en 15 años el periodo de cotización exigible también en estos casos, frente a los 22 años inicialmente establecidos por la ley 66/1997.

do de cotización de 8 años—; por su parte, el periodo mínimo de cotización para acceder a la jubilación son 15 años, de los cuales dos deben reunirse en los 15 años anteriores al hecho causante; mucho más reducido es el periodo exigido para acceder a las prestaciones de muerte y supervivencia, que se establece en 500 días dentro de los 5 años anteriores al hecho causante. Sin embargo, cuando el trabajador no se encuentra en alta o situación asimilada al alta se exige un periodo de carencia para acceder a las citadas prestaciones de 15 años, de los cuales, en el caso de la incapacidad permanente, tres deben reunirse dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante y en el caso de la jubilación, dos deben reunirse también en los 15 años anteriores al hecho causante. Aunque se permite el acceso a la protección contributiva desde la situación de no activo, se pretende evitar —salvo en el caso de muerte y supervivencia, en que no se exige carencia cualificada específica— que el apartamiento o ruptura con el elemento profesional no se hubiera producido demasiado tiempo atrás.

Por su parte, los requisitos generales para acceder a las prestaciones no contributivas tienen que ver con la situación de necesidad económica de los posibles beneficiarios, a quienes no se exige la condición de trabajadores. De hecho, implícitamente quedan excluidos, pues bien por percibir rentas derivadas de la actividad profesional bien, en su caso, por ser beneficiarios de pensión en el nivel contributivo, quedarían excluidos. Es la Ley de Presupuestos Generales del Estado la que fija cada año el umbral de rentas a estos efectos, que se cifra en la misma cuantía que la establecida para la propia prestación económica: para el año 2012 ese límite se cifra en 5.007, 80 euros íntegros anuales.²⁵ Además, es necesario que concorra alguna de las situaciones protegidas, pues no se protege en sí la situación de necesidad económica sino unas determinadas situaciones de necesidad (la vejez, las cargas familiares y la invalidez permanente) cuando se acompañan de la falta de ingresos señalada: así, en el caso de la jubilación no contributiva se exige tener 65 o más años y en el caso de la invalidez permanente, tener reconocida una situación de discapacidad igual o superior al 65% valorándose según un sistema

25. Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012.

que pondera factores médicos como factores sociales. Se trata de un grado de incapacidad bastante elevado si lo comparamos con el porcentaje a partir de cual se inicia la protección de la incapacidad permanente en el nivel contributivo, que está cifrado en el 33%. Pero es que la razón de una y otra protección son muy diferentes. Mientras que la incapacidad permanente en el nivel contributivo responde a la idea de seguro que es objeto de cobertura cuando se actualiza el riesgo asegurado –previa cotización–, la prestación no contributiva encuentra su fundamento en el deber de los poderes públicos de dispensar protección a sus ciudadanos en situación de necesidad y el legislador decidió establecer ese nivel de protección a partir de un elevado nivel de incapacidad: aquel que inhabilita para la realización de cualquier actividad y siempre que concorra el requisito general básico de la falta de rentas.

II.2. Forma de cálculo de las prestaciones. La existencia de topes máximos de cotización y de topes máximos de pensión pública. Los complementos por mínimos: su reforma por la Ley 27/2011, de 1 de agosto

También la forma de cálculo de las prestaciones difiere completamente en el nivel contributivo y en el nivel no contributivo. En el nivel no contributivo se fijan de forma directa y con carácter anual por la Ley de Presupuestos Generales del Estado: para este año 2012 esa cuantía se ha establecido en 5.007,80 € íntegros anuales, a lo que se añade un complemento de pensión –de 525 € anuales–, para aquellos pensionistas que acrediten carecer de vivienda en propiedad y residan, como vivienda habitual, en vivienda alquilada, siempre que el propietario de esta no tenga con el pensionista relación de parentesco hasta el tercer grado. Además, si en la misma unidad familiar residen varios titulares de pensiones no contributivas, este complemento solo puede ser percibido por uno de los pensionistas.

La cuantía de las prestaciones contributivas depende de la previa cotización del beneficiario. Frente a la fijación general y objetiva que caracteriza a las prestaciones no contributivas que son independientes

de la cotización del beneficiario como son las prestaciones no contributivas, las contributivas tienen en cuenta lo cotizado por el beneficiario, no solo como requisito de acceso a la protección, sino también para la fijación de la cuantía de la prestación. La cuantía también depende del tipo de prestación. En el caso de las indemnizaciones, supuesto poco frecuente en el sistema español, o bien la norma fija directamente la indemnización, lo que es menos habitual, o también se fija en relación con la base reguladora de alguna prestación: por ejemplo, la indemnización por la incapacidad permanente parcial del trabajador –que es el grado menor de incapacidad permanente que cabe reconocer– se cifra en 24 mensualidades de la base reguladora de la prestación económica de incapacidad temporal; o la indemnización especial a abonar al cónyuge viudo en caso de fallecimiento por accidente de trabajo e enfermedad profesional –adicional a la pensión de viudedad– se cifra en 9 mensualidades de la base reguladora de la citada pensión de viudedad.

Por lo que respecta al cálculo de la cuantía de las prestaciones periódicas, en las más habituales en el sistema español de Seguridad Social, se aplican unos determinados porcentajes a unas bases reguladoras, las cuales a su vez se calculan en función de las cotizaciones efectuadas durante un determinado periodo temporal, periodo de mayor o menor amplitud temporal según la prestación de que se trate. Como es obvio, este sistema determina que la cuantía de la pensión resultante para el beneficiario sea diferente y propia respecto de la que pueda percibir otro beneficiario, puesto que atiende a las cotizaciones que cada trabajador haya realizado en el periodo temporal de referencia. Frente al carácter general de las prestaciones no contributivas –cuya finalidad es asegurar un mínimo de subsistencia a quien carece de recursos propios y se encuentra en determinada situación de necesidad– las prestaciones contributivas tienen una cuantía específica o particular para cada sujeto, en función de las cotizaciones acreditadas en el periodo temporal de referencia, cotizaciones que, a su vez, están en función del salario que percibe por su trabajo o, en el caso de trabajadores autónomos, de la base de cotización que libremente elige entre la base mínima y la base máxima fijada anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Los periodos de referencia tomados para el cálculo de las respectivas bases reguladoras son muy diferentes, según el tipo de prestación. Cuando la prestación es un subsidio –es decir, es temporal– y tiene por finalidad otorgar rentas sustitutivas inmediatas, normalmente el periodo de referencia es corto: así, por ejemplo, la base reguladora para la prestación económica de incapacidad temporal es la base de cotización del mes anterior a la fecha de la incapacidad. Algo parecido ocurre en el caso de las prestaciones –contributivas– por desempleo: la base reguladora es el promedio de las bases de cotización del interesado en los seis meses anteriores a la situación legal de desempleo. En el ámbito de las pensiones –es decir, de las prestaciones vitalicias– los periodos de referencia para el cálculo de las bases reguladoras se incrementan significativamente, lo que implica una minoración de la cuantía final resultante: así, por ejemplo, la base reguladora para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación era, hasta la promulgación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, el promedio de las bases de cotización del trabajador en los 15 años anteriores al hecho causante, es decir, a la fecha en que el trabajador se jubile. La citada norma ha incrementado a 25 años el citado periodo de referencia, si bien de forma progresiva y gradual de tal forma que hasta el 1-1-2022 no se aplicará el nuevo sistema. En el caso de la pensión de viudedad, cuando el trabajador fallecido está en activo, sin embargo, el periodo que se toma como referencia es anormalmente escaso o breve y, además, con libertad de elección para el beneficiario, pues la base reguladora será el promedio de las bases de cotización del fallecido durante 24 meses ininterrumpidos elegidas por el beneficiario dentro de los 15 años anteriores al fallecimiento. En el caso de la incapacidad permanente, aunque hay muchos supuestos fruto de una complicada evolución histórica,²⁶ el supuesto más general toma como periodo para el cálculo de la base reguladora la media de las cotizaciones acreditadas por el trabajador en el periodo de carencia exigido para acceder a las prestaciones, lo que significa, en el caso de que el trabajador sea mayor de 52 años, el promedio de las bases de cotización de los ocho

26. Sobre el particular, vid. VICENTE PALACIO, A., «Base reguladora de la Incapacidad Permanente», en *VVAA Comentario sistemático a la legislación de pensiones*, 2004.

años anteriores al momento del hecho causante. En la actualidad, tras la reforma por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, el sistema de determinación de la base reguladora de la incapacidad permanente cuando esta deriva de enfermedad común y el trabajador está en situación de alta o asimilada es algo más complicada, pues en tal caso al resultado de la operación anterior se le aplica el porcentaje previsto para la jubilación en función de los años de cotización que el trabajador acredite asegurando, en todo caso y cuando el trabajador no alcance el mínimo de 15 años previsto en dicha escala, la aplicación del 50%.

Sobre las bases reguladoras así determinadas, se aplican unos porcentajes diferentes según la prestación. En algunos casos, el porcentaje está en función del mayor o menor periodo de cotización acreditado, como en la jubilación, en la que con el mínimo exigido para tener derecho a la prestación (15 años) se accede al 50% de la base reguladora, alcanzando el 100% con 37 años de cotización (Ley 27/2011);²⁷ pero en otros casos, el porcentaje está en función de la situación protegida como en la incapacidad permanente, en la que los distintos porcentajes están fijados en función de la mayor o menor incapacidad para trabajar: desde el 55% para la incapacidad permanente total hasta el 100% de la incapacidad permanente absoluta con una cantidad superior que conjuga diversos módulos –subjetivos y objetivos– en caso de la gran invalidez. En el caso de las prestaciones de muerte y supervivencia, los porcentajes son también muy diferentes y atienden a una racionalidad jurídica dife-

27. No obstante, en la actualidad cabe superar este porcentaje de 100%, posibilidad antes inexistente. Tras la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, y con la finalidad de retrasar el acceso a la jubilación voluntariamente, se prevé que cuando el trabajador acceda a la jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir dicha edad ya reuniera el periodo mínimo de cotización para acceder a la pensión (que está establecido en 15 años) se reconocerá al interesado un porcentaje adicional al que le corresponde por aplicación de la tabla que vincula años de cotización y porcentaje aplicable consistente en un 2% adicional por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, porcentaje que se eleva a 3% cuando el interesado hubiera acreditado más de 40 años de cotización al cumplir 65 años. Este porcentaje adicional se suma al que le corresponde aplicar según la tabla señalada. No obstante, no cabe superar el tope máximo de pensión pública aunque si la aplicación de este porcentaje resultara superado, se prevé el derecho del interesado a obtener una cantidad determinada.

rente: como regla general, el porcentaje aplicable para la pensión de viudedad es el 52% de la base reguladora que, sin embargo, se eleva al 70% en caso de que concurren determinadas circunstancias en el beneficiario, indiciarias de su especial situación de necesidad y concretamente, la existencia de hijos a cargo y siempre que la pensión de viudedad constituya la única o principal fuente de ingresos y se prevé también, fruto de la reforma por la Ley 27/2011, su elevación futura hasta el 60% para los pensionistas de 65 o más años que no perciban otra pensión pública y cuando no superen un límite de ingresos, elevación que se realizará de forma progresiva por el gobierno en un plazo de ocho años a contar desde 1-1-2012; la pensión de orfandad se calcula aplicando un porcentaje del 20% de la base reguladora, sin que la suma de las pensiones de viudedad y orfandad puedan superar el 100% de la base reguladora, salvo en el caso de que se aplique el porcentaje del 70%, en cuyo caso cabe superar este porcentaje pero nunca el 118% de la base reguladora. En caso de que se superen esos límites, la cuantía de las pensiones de orfandad se reducen proporcionalmente para ajustarlo a dicho límite, recuperando su porcentaje adicional tal y como vayan extinguiéndose las pensiones de orfandad. La pensión de viudedad, por tanto, no se ve afectada por dicha reducción.

Las cuantías de las prestaciones contributivas, por tanto, están en función de las bases de cotización del trabajador, así como, en algún caso, del mayor o menor periodo cotizado, lo que determina que las prestaciones abonadas a cada beneficiario, en idéntica situación de necesidad, puedan ser muy diferentes.

No obstante, existen medidas correctoras de esta estricta contributividad tendentes a evitar tanto prestaciones muy elevadas como prestaciones de escasa cuantía. La Ley de Presupuestos Generales del Estado establece todos los años el límite máximo de pensión pública, que se aplica a todas las pensiones de carácter público que pudiera percibir el beneficiario por cualquier título y que resulten compatibles. Para el año 2012, el importe máximo a percibir de pensión pública, única o concurrente con otras pensiones públicas, no puede superar los 2.522,89 euros mensuales, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponderle, cuya cuantía tampoco podrá superar dicho límite y en todo

caso, en cómputo anual el límite se cifra en 35.320,46 euros. Otras prestaciones periódicas también tienen establecidos unos límites máximos que atenúan la contributividad: es el caso de la prestación contributiva por desempleo, que tienen establecidos unos límites o topes máximos, en función del número de hijos a cargo. En este caso el límite se establece como un determinado porcentaje sobre el Indicador Público de Rentas de Efecto Múltiple o IPREM:²⁸ si el beneficiario no tiene hijos a cargo, el límite es 175% del IPREM; 220% del IPREM si tiene un hijo a cargo; y 225% IPREM si tiene dos o más hijos a cargo.²⁹ Son los límites máximos, mientras que el límite mínimo es el 80% IPREM si no tiene hijos a cargo y el 107% si tiene hijos a cargo.

Por otro lado, la Ley de Presupuestos Generales del Estado también establece la cuantía mínima de las pensiones: la finalidad de esta previsión es asegurar que todas las pensiones a las que alcanza esta garantía alcanzan, por lo menos, la cuantía mínima de pensión fijada legalmente, de forma que si esta cuantía mínima no se alcanza a través de la aplicación de las reglas contributivas anteriores que toman en consideración las cotizaciones realizadas por el trabajador, el Estado abona como complemento la cantidad necesaria para alcanzar dicha cuantía mínima. Esta cantidad adicional, denominada «complemento por mínimos», tiene su propio régimen jurídico, diferente del de la pensión que viene a complementar y por su finalidad, que es asegurar al pensionista una cantidad determinada de ingresos, solo tienen derecho a la misma quienes no perciben rentas del trabajo o del capital, o que percibiéndolas, no supe-

28. El Indicador Público de Rentas Múltiples es el índice de referencia en España para el cálculo del umbral de ingresos a muchos efectos (ayudas para vivienda, becas, subsidios por desempleo...). Fue introducido el 1 de julio de 2004 en sustitución del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), cuya utilización quedó restringida al ámbito laboral con la finalidad de evitar lastrear el crecimiento del Salario Mínimo Interprofesional que, desde entonces, es bastante superior al IPREM. Su cuantía se establece cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado y para 2012 está fijado en 532,51 euros/mes o 6.390,13 euros/año.

29. Se considera hijo a cargo el hijo menor de 26 años o incapacitado que no perciba rentas superiores al salario mínimo interprofesional cuando convivan con el beneficiario, requisito que no se exige en caso de separación matrimonial aunque sí se considera a cargo cuando exista reconocido el derecho a alimentos por convenio o resolución judicial.

ran, para el año 2012, los 6.993,14 euros al año. No es, además, consolidable, pues está sujeta a su modificación o supresión cuando los ingresos del beneficiario superan dicha cuantía. Son varios los criterios que el legislador baraja a la hora de establecer la cuantía mínima de la pensión, que además es diferente según la pensión: la existencia o no de cónyuge a cargo, el hecho de ser una unidad económica unipersonal; la edad del beneficiario; la posible existencia de discapacidad; entre otras variables. A título ejemplificativo, para el año 2012, la pensión mínima de jubilación de titular con 65 o más años, con cónyuge a cargo se ha fijado en 10.690,40 euros/año; en 8.664,60 euros/año en el caso de unidad económica unipersonal; y en 8.218,00 euros/año con cónyuge no a cargo. Estas mismas cuantías se aplican también para la incapacidad permanente absoluta y para la incapacidad permanente total de titular con 65 o más años. Cuando la jubilación lo es de menor de 65 años, la cuantía se establece en 10.018,40 euros/año si tiene cónyuge a cargo; en 8.104,60 euros/año si constituye una unidad económica unipersonal y en 7.658,00 euros/año si tiene cónyuge no a cargo, cuantías también aplicables de la total cuando el beneficiario tiene entre 60 y 64 años. Por su parte, la pensión mínima de viudedad cuando su titular tiene cargas familiares se ha fijado en 10.018,40 euros/año; en 8.664,60 euros/año si es mayor de 65 años o tiene una discapacidad en grado igual o superior al 65%; en 8.104,60 si el titular tiene entre 60 y 64 años y, finalmente, en 6.559,00 si el titular es menor de 60 años. También cuentan con la garantía de pensión mínima las pensiones de orfandad y la pensión de gran invalidez y la de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de los menores de 60 años, estos últimos antes excluidos. No obstante lo señalado, la reforma operada por la Ley 27/2011 ya señalada ha modificado grandemente el régimen de los complementos por mínimos al establecer como límite la imposibilidad de que la cuantía total de los complementos por mínimos supere la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva. No menos importante es la exigencia de la residencia en España, excluyendo los complementos por mínimos de la regla general de la exportabilidad de las prestaciones reconocida tanto a nivel comunitario como en los convenios bilaterales de Seguridad

Social para las prestaciones contributivas. Se ha consagrado así, de forma definitiva, el carácter no contributivo de los complementos por mínimos, lo que conlleva la aplicación del régimen característico de estas prestaciones.

Por lo demás, el sistema de Seguridad Social asegura el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones a través de su revalorización. En la actualidad, todas las prestaciones contributivas de la Seguridad Social tienen asegurada legalmente la revalorización a comienzo de cada año de acuerdo al IPC (incremento de precios al consumo) previsto para cada año. Como este índice es el previsto, y por tanto puede resultar que finalmente el IPC real al final del año sea superior, en tal caso se procede a su actualización y la diferencia que resulte a favor del pensionista se abona en una paga única antes del 1 de abril del año siguiente. El resto de prestaciones de la Seguridad social, incluyendo por tanto las prestaciones no contributivas, no tienen asegurada esta revalorización aunque el gobierno puede actualizarlas, como de hecho así viene haciendo desde siempre, teniendo en cuenta también el IPC y las disponibilidades financieras del sistema. No obstante, y como medida excepcional consecuencia de la crisis económica, para el año 2011 las pensiones del sistema de Seguridad Social no se actualizaron, con exclusión de las no contributivas, las pensiones mínimas y las pensiones SOVI no concurrentes,³⁰ revalorización que se ha recobrado para el año 2012.

II.3. La financiación del sistema de Seguridad Social. La cotización en el nivel contributivo

Desde el punto de vista financiero, el sistema español de Seguridad Social, en su nivel contributivo, se basa en un sistema financiero de reparto con alguna pequeña excepción (los riesgos profesionales se basan en un sistema de reaseguro o compensación de resultado y las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia son de

30. Esta suspensión de la obligación legal se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (art. 4).

capitalización). Como es sabido, el principal problema que presentan los sistemas de reparto es, a largo plazo, su gran dependencia de la evolución demográfica (tasa de natalidad y prolongación de la esperanza de vida) y, a corto plazo o de forma inmediata, la incidencia del desempleo que incrementa los gastos y reduce los ingresos. Para solventar el problema demográfico –que en España se prevé especialmente grave cuando la generación nacida en los años 60 llegue a la edad de jubilación– la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad creó el denominado «Fondo de Reserva»,³¹ constituido por el superávit que, en tiempos de bonanza, se produce en el presupuesto de la Seguridad Social. Con este capital y los intereses que genera se pretende hacer frente a las obligaciones en pensiones de aquellos periodos en los que se produzcan déficits en el presupuesto de la Seguridad Social. Antes de la creación del Fondo de Reserva el eventual superávit de la Seguridad Social se destinaba a sufragar otros gastos sociales. A 31-12-2011 el monto total del Fondo de Reserva ascendía a 66.814.993.292,97 Este importe del Fondo de Reserva supone un 6,22% del producto interior bruto (el PIB para el 2011 según datos del INE en base CNE-2008, publicados el 16 de febrero de 2012, se situó en 1.073.383 millones de euros).³²

Y es que desde el Pacto de Toledo de 1995 existe una clara separación de las fuentes de financiación entre los dos niveles de prestaciones del sistema. El Pacto de Toledo fue un acuerdo entre todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria sobre las reformas que había que llevar a cabo en el sistema de Seguridad Social con independencia del partido político que ostentara en cada momento el poder legislativo para evitar convertir la Seguridad Social en materia objeto de manipulación política. Buena parte de las reformas legislativas operadas en el Sistema de Seguridad Social constituyen el desarrollo de las recomendaciones

31. Posteriormente, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social volvió a dar nueva redacción al art. 91.1 LGSS y en su desarrollo se dictó la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

32. Ambos datos extraídos del Fondo de Reserva, «Informe a las Cortes Generales 2011»: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/166080.pdf>.

contenidas en este acuerdo político así como en otros acuerdos sociales.³³ El nivel contributivo profesional se financia a través de las cuotas de las personas obligadas (empresarios y trabajadores) mientras que el nivel no contributivo se financia por aportaciones del Estado; en definitiva, por vía fiscal, pues el Estado aporta de los recursos generales que recauda una parte a la financiación de estas prestaciones no contributivas.

Dos prestaciones no se amoldan exactamente a este esquema: la asistencia sanitaria y los denominados «complementos por mínimos». Como ya se ha señalado, desde el año 2001 la asistencia sanitaria se financia por las Comunidades Autónomas salvo la que deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso se financia por cuotas, pues es el único supuesto considerado como prestación de la Seguridad Social; en el resto de casos es un servicio público de carácter universal cuya competencia tienen asumida las Comunidades Autónomas y a ellas les corresponde su financiación. El Sistema de Financiación Autonómica contempla la cesión de parte de los tributos estatales a las Comunidades Autónomas para que, entre otras cosas y específicamente, financien la asistencia sanitaria, debiendo hacerse cargo de los posibles déficits concurrentes.

Por su parte, los complementos por mínimos, que son aquella cantidad que la Seguridad Social aporta a la pensión contributiva de un beneficiario cuando, calculada en función de lo que ha cotizado, su cuantía no llega a la pensión mínima fijada cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se financiará cuando se complete el proceso de transición en el que nos hallamos actualmente, lo que ocurrirá el año 2014 con cargo a los presupuestos generales del Estado y no con cargo a cuotas, como en el momento actual (disposición adicional 14^a LGSS). Al tratarse de una cantidad que se abona para asegurar la dignidad o

33. Se han suscrito varios acuerdos sociales con la finalidad de llevar a cabo las distintas reformas del sistema tanto a nivel parlamentario como social. A nivel parlamentario, además del citado Pacto de Toledo (de 6 de abril de 1995) se suscribió el Acuerdo para la Renovación del Pacto de Toledo (2-10-2003). A nivel social, los acuerdos han sido tres: el Acuerdo de Consolidación y Racionalización del Sistema, de 9 de octubre de 1996; el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001; y el Acuerdo para la Reforma del Sistema de Pensiones de 13-7-2006.

suficiencia de las pensiones y desvinculada, por tanto, de las cuotas que el trabajador ha abonado durante su vida laboral se entiende que no debe financiarse con cargo a las cuotas pero se trata de una cuestión muy controvertida puesto que el complemento recae sobre pensiones «contributivas» —es un complemento a estas— y no sobre una prestación de carácter universal.

El nivel contributivo o profesional de la Seguridad Social se financia fundamentalmente mediante las cuotas que abonan los trabajadores y empresarios. Esta cotización se reparte —en términos diferentes— entre los trabajadores y empresarios, cuando se trata de un régimen de trabajadores por cuenta ajena aunque en algún caso la cotización corre a cargo exclusivo del empresario. Por el contrario, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, la cotización es exclusivamente a su cargo tanto en lo que se refiere a las prestaciones obligatorias como las prestaciones de cobertura voluntaria. Cada régimen tiene sus propias reglas en materia de cotización e incluso existen reglas especiales (articuladas a través de los que se conocen como «sistemas especiales») para algunos colectivos que, aunque ya integrados en el Régimen General o en el Régimen de Trabajadores Autónomos, estuvieron en el pasado integrados en un Régimen Especial. Como regla general, la cotización se calcula aplicando unos porcentajes fijados cada año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado (y desarrollados por la Orden anual de cotización) a la base de cotización que se forma o integra por las retribuciones salariales que percibe el trabajador, es decir, por aquella parte de su retribución que retribuye el trabajo prestado. Existe así teóricamente una relación directa entre el salario, la cotización y las prestaciones a percibir, pues estas se calculan sobre lo cotizado en un periodo determinado de tiempo, distinto para cada prestación. Esta proporcionalidad no es igual, sin embargo, en todos los regímenes: algunos de los regímenes especiales estuvieron asistencializados, es decir, el esfuerzo contributivo era menor de tal forma que a través de sistemas variados la cotización es inferior en relación con lo cotizado en el Régimen General percibiendo, sin embargo, el mismo nivel de protección que en aquel aunque algunos regímenes tienen un nivel de protección inferior.

En el Régimen General, es decir, el que agrupa el mayor número de trabajadores pues comprende prácticamente todos los trabajadores por cuenta ajena –a 31-12-2012, cuenta con 12.611.880 afiliados³⁴–, se cotiza hasta por seis conceptos distintos: por contingencias comunes; por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; por desempleo; por formación profesional; por el Fondo de Garantía Salarial; y, en su caso, por horas extraordinarias. Estas cotizaciones corren a cargo del empresario y del trabajador con la salvedad de la cotización por contingencias profesionales y el Fondo de Garantía Salarial. La base de cotización está constituida por las retribuciones salariales que, con carácter mensual, percibe el trabajador, a la que se adiciona la parte proporcional de las pagas extras. Los porcentajes aplicables a las bases de cotización son en unos casos fijos y en otros variables. Entre los primeros están los siguientes (para el año 2012):³⁵ *a*) por contingencias comunes el tipo aplicable es 28,30% del que el 23,60% es a cargo de la empresa y el 4,70% a cargo del trabajador; *b*) por formación profesional, el 0,70 %, del que el 0,60% es a cargo de la empresa, y el 0,10% a cargo del trabajador; *c*) y la cotización por el Fondo de Garantía Salarial es el 0,20% a cargo de la empresa. Entre los segundos: *a*) en las contingencias profesionales, el tipo de cotización es diferente en función del riesgo que entraña cada actividad profesional. En la actualidad³⁶ oscilan entre el 0,90% previsto para algunas actividades como actividades de confección de prendas de vestir y fotografía y el 7,15%, previsto para el trabajo en el interior de las minas y la extracción de piedra ornamental y para la construcción, piedra caliza, yeso, creta y pizarra. Los tipos de cotización por desempleo también son variables.

34. A estos hay que añadir los comprendidos en los Sistemas Especiales Agrario (cuenta ajena), que a finales de enero de 2012 sumaban 842.208 trabajadores y al Sistema Especial de Empleados de Hogar, que a finales de enero de 2012 sumaban 18.714 trabajadores.

35. Ley 2/2012, de 26 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012.

36. Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007, modificada por la Disposición Final Tercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009 y por la Disposición Final 8ª Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

En este caso las variaciones están en función del tipo de contrato, siendo mayor en el caso de los contratos temporales con la finalidad de desincentivar –mediante su mayor coste– su suscripción a favor de la contratación indefinida y por el hecho de que teóricamente estos trabajadores van a hacer mayor uso de la protección por desempleo; en la actualidad estos tipos son: 7,05%, del que el 5,50% será a cargo de la empresa y el 1,55% a cargo del trabajador en el caso de contratación indefinida incluidos los contratos indefinidos a tiempo parcial y fijos discontinuos, así como la contratación de duración determinada en las modalidades de contratos formativos en prácticas, de relevo, de interinidad y contratos, cualquiera que sea la modalidad utilizada, realizados con trabajadores que tengan reconocido un grado de discapacidad no inferior a 33%; en el caso de contratación de duración determinada a tiempo completo, el tipo aplicable es el 8,30% del que el 6,70% lo es a cargo del empresario y el 1,60% a cargo del trabajador, mientras que la contratación de duración determinada a tiempo parcial el tipo se eleva al 9,30% del que el 7,70% es a cargo del empresario y el 1,60% a cargo del trabajador. Finalmente, la cotización adicional por horas extraordinarias es variable según la naturaleza de la hora extraordinaria realizada: cuando las horas extraordinarias son por fuerza mayor o estructurales cotizan a un tipo inferior (al 14% del que 12% es a cargo de la empresa y 2% a cargo del trabajador) a si esas horas son simplemente consecuencia de la voluntad de incrementar la producción, en cuyo caso cotizan con el mismo tipo aplicable a las contingencias comunes (es decir, 28,30%), aunque de forma separada con la finalidad de que no integren la base reguladora de las prestaciones.

Los trabajadores por cuenta propia integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos –a 31-1-2011 con un total 3.042.120 de afiliados– por su parte, cotizan en la actualidad prácticamente igual que los trabajadores por cuenta ajena, con algunas particularidades imprescindibles consecuencia del carácter no asalariado de su actividad profesional y la imposibilidad de conocer con exactitud los ingresos derivados de su actividad profesional. Así, en primer lugar, la base de cotización se elige por el trabajador autónomo entre un mínimo y un máximo fija-

do anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado.³⁷ Para el año 2012, la base mínima de cotización está establecida en 850,20 € mensuales y la máxima en 3.262,50€ mensuales. La segunda particularidad va referida al propio alcance de la acción protectora y consiguientemente de la cotización. Actualmente, la cotización por incapacidad temporal es ya obligatoria para todos los trabajadores autónomos con la única salvedad de que el trabajador tenga cubierta esta protección por realizar su trabajo en situación de pluriactividad, en cuyo caso la cobertura de esta prestación se convierte en voluntaria (disposición adicional 3ª Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo). El tipo aplicable por contingencias comunes es, con carácter general, el 29,80%, que se reduce al 26,50% en los casos señalados en los que no se opte por la cobertura de la incapacidad temporal. Voluntaria es también, en general, la cobertura de los accidentes de trabajo³⁸ –y consiguientemente, la obligación de cotizar– con aplicación de la tarifa de primas prevista con carácter general para todo el sistema– y también de la nueva prestación económica por cese de actividad, establecida por la Ley 32/2010, de 5 de agosto, si bien para que el trabajador pueda acogerse a

37. Como las prestaciones se perciben en función de lo cotizado, el trabajador es libre para elegir, dentro de esos márgenes, la base por la que quiere cotizar, pero teniendo en cuenta que en función de lo que cotiza percibirá las prestaciones económicas. Para evitar la denominada «compra de prestaciones», la posibilidad de elección se ve limitada cuando el trabajador ha cumplido los 50 años, en cuyo caso no se puede elegir bases muy elevadas salvo que el trabajador hubiera venido cotizando por ellas con anterioridad. La limitación a los 50 años tiene que ver con el hecho de que el periodo de referencia para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación está constituida por los últimos 15 años, y como la jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es a los 65 años (pues no cabe la jubilación anticipada), se pretende evitar que el trabajador cotice mayoritariamente por bases muy bajas para elevarlas a los 50 años, que es cuando empieza el periodo realmente importante con incidencia en la cuantía de la pensión.

38. La cobertura de estas prestaciones es obligatoria en dos situaciones: *a*) en primer lugar, para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, quienes obligatoriamente deben incorporar a su acción protectora de la Seguridad Social la cobertura de estos accidentes de trabajo (art. 26 Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo); *b*) en segundo lugar, los trabajadores que realicen aquellas actividades que presenten mayor riesgo de siniestralidad y que sean determinadas por el Gobierno (DA3ª Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo). De momento aún no se ha aprobado dicha norma reglamentaria.

esta prestación económica debe estar acogido o acogerse también a la protección de las contingencias profesionales. En este último caso el tipo de cotización aplicable es, para el año 2012, de 2,2%.

La cotización en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar –en la actualidad, con un número muy reducido de afiliados: 59.049 (enero 2012)– tiene también especialidades derivadas de dos circunstancias: primero, del hecho de que existe una forma tradicional de retribución –la retribución a la parte–, que constituye una dificultad para determinar la retribución percibida mensualmente; y segundo, el carácter poco lucrativo de la actividad en algunos sectores, que determina la necesidad de un cierto apoyo público en materia de cotización, convirtiéndose en un régimen asistencializado, es decir, en el que el esfuerzo contributivo realizado por el trabajador e incluso por el empresario es menor en relación al exigido en el Régimen General e incluso en el Régimen de Trabajadores Autónomos. La cotización se realiza así para los que se conocen como grupos 2 y 3 –que son los retribuidos a la parte en la actividad pesquera y los trabajadores por cuenta propia incluidos en este Régimen Especial sobre unas retribuciones ficticias que se fijan anualmente por el Ministerio de Trabajo, tomando como base las remuneraciones percibidas el año anterior según modalidades de pesca y provincias.³⁹ Por su parte, el «apoyo público» se materializa en una minoración de la cuota mediante la aplicación de unos coeficientes sobre la cuota, que posteriormente no se trasladan a la base reguladora de las prestaciones.⁴⁰ Sin embargo, los tipos de cotización coinciden con los aplicables en el Régimen General.

39. Para el año 2012, se han determinado por la Orden ESS/229/2012, de 9 de febrero, por la que se establecen para el año 2012 las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero. Estas cuantías oscilan entre los 1.209,00 € para el cerco en Cádiz (grupos 9 a 11 de cotización) y 2.409,00 € para la pesca de arrastre en A Coruña y Lugo (grupo 1 a 7).

40. Estos coeficientes están recogidos por la Orden de 22-11-1974 y son los siguientes: 1) Para los trabajadores del grupo II: coeficiente de $\frac{1}{2}$ para embarcaciones de entre 10,01 y 50 toneladas de registro bruto y de $\frac{2}{3}$ para embarcaciones pesqueras entre 50,01 y 150 toneladas de registro bruto. 2) Para los trabajadores del grupo III: coeficiente de $\frac{1}{3}$ para embarcaciones pesqueras de hasta 10 toneladas de registro bruto y de $\frac{1}{3}$ para trabajadores por cuenta propia. La Orden de 15-11-1975 establece que dichos coeficientes no se aplican a ningún efecto para el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones.

El Régimen Agrario fue tradicionalmente el Régimen Especial más asistencializado, en mayor medida aún que el Régimen del Mar, con una configuración de la cotización totalmente singular. En la actualidad, y desde la promulgación de la Ley 18/2007, de 4 de julio, los trabajadores por cuenta propia agrarios están integrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, por lo que, en general, se les aplican las reglas de cotización generales vigentes en el Régimen de Autónomos. No obstante, un colectivo determinado de estos trabajadores –los propietarios de aquellas explotaciones agrarias que reúnen determinadas condiciones referidas a la rentas obtenidas– están sujetos a un sistema especial de cotización, que implica la previsión de algunas singularidades importantes en esta materia y, concretamente, la aplicación de un porcentaje o tipo de cotización inferior al previsto en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos además del hecho de que la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales es siendo voluntaria (DA3ª Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo). Los tipos aplicables son: *a*) 18,75% para las contingencias de cobertura obligatoria, siempre que el trabajador hubiera optado por elegir como base de cotización la base mínima aplicable en este Régimen Especial, fijada para el año 2010 en 841,80 euros mensuales. Si el trabajador cotiza por una base de cotización superior a dicha base mínima, a la cuantía que exceda de esta última se le aplica el tipo de cotización del 28,30%; *b*) respecto a la mejora voluntaria de la incapacidad temporal por contingencias comunes, el tipo de cotización a aplicar a la cuantía completa de la base de cotización del interesado es el 3,30%; *c*) para las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se está a lo dispuesto en la tarifa de primas. Además, si los trabajadores no hubiesen optado por la cobertura de la totalidad de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, efectuarán una cotización adicional equivalente al 0,1%, aplicado sobre la base de cotización elegida, para la financiación de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y a la lactancia.

Por lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena pertenecientes a este Régimen Especial, la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, ha

procedido a integrarlos en el Régimen General de la Seguridad Social aunque se ha creado un sistema especial a efectos de cotización, que permite mantener transitoriamente su carácter asistencializado durante un periodo de 20 años, momento a partir del cual se aplicarán las reglas del Régimen General. Mientras tanto las nuevas normas (art. 4) remiten a la forma de determinación de la base de cotización prevista en el art. 109 LGSS, así como a los mismos tipos previstos en el Régimen General, tanto para contingencias comunes (28,30%) y en igual proporción entre empresarios y trabajadores (respectivamente, el 23,60% y el 4,70%), como para las contingencias profesionales, mediante la remisión a la tarifa de primas, para a renglón seguido, y respecto de la cotización del empresario por contingencias comunes disponer la aplicación de una serie de reducciones para evitar que la cotización empresarial supere el 15,50%, configurando así un «techo» provisional en la cotización.

Finalmente, la cotización en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, también presenta especialidades con carácter transitorio con la finalidad de permitir una transición paulatina desde el anterior Régimen Especial de Empleados de Hogar –suprimido por la Ley 27/2011 de 1 de agosto con efectos de 1-1-2012– hasta la aplicación de las reglas comunes del Régimen General, lo que ocurrirá el 1-1-2019, en el que ahora ha quedado integrado el anterior. En la nueva regulación, la cotización ya no se realiza sobre una base de cotización mensual fija –determinada administrativamente– y un tipo único (22%), sino que la base de cotización estará compuesta por las retribuciones efectivamente percibidas por el trabajador, siendo los tipos aplicables también los generales. Hasta que se complete el periodo transitorio, las bases de cotización se determinan administrativamente por varios tramos vinculados a la retribución del trabajador, y los tipos también son más reducidos que los previstos en el Régimen General. Novedoso también es que la afiliación es obligación del empleador con independencia del número de horas que el trabajador preste servicios o el carácter exclusivo o no del trabajador doméstico.⁴¹

41. En el Régimen Especial de Empleados de Hogar, cuando el empleado de hogar no prestaba servicios exclusivos para un único cabeza de familia, la cotización corre en su integridad a su cargo. Se consideraba que el empleado presta servicios exclusivos para un solo cabeza de familia cuando concurría una doble circunstancia: en primer

II.4. Una somera referencia a las prestaciones contributivas dispensadas. Sus líneas de evolución normativa a la luz de las últimas reformas legislativas

Como se ha señalado, las prestaciones económicas que se dispensan en el nivel contributivo vienen delimitadas legalmente (art. 38 LGSS) y se concretan en las siguientes: prestación económica por incapacidad temporal (arts. 128 a 133 LGSS); prestación económica por maternidad (arts. 133 bis a 133 septies LGSS); prestación económica por paternidad (arts. 133 octies a 133 decies LGSS); prestación económica por riesgo durante el embarazo (arts. 134 y 135 LGSS) y la lactancia (art. 135 bis y 135 ter LGSS); prestación económica para el cuidado de menores enfermos de cáncer u otra enfermedad grave; prestación económica de incapacidad permanente (arts. 136 a 143 LGSS); la prestación económica de jubilación (arts. 160 a 166 LGSS); prestaciones económicas de muerte y supervivencia, que incluyen el subsidio por defunción, la pensión y/o subsidio de viudedad; la pensión de orfandad y las prestaciones a favor de otros familiares (arts. 171 a 179 LGSS); y las prestaciones por desempleo, que comprende dos niveles de protección: el denominado nivel contributivo y el nivel asistencial (título III LGSS), amén de un nivel complementario, de carácter externo al sistema de Seguridad Social, denominado «Renta Activa de Inserción» (Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre), en la misma línea de políticas de inserción basadas en el WorkfareState antes señalado.

No puede abordarse en un trabajo de esta naturaleza la exposición del régimen jurídico de cada una de estas prestaciones. Lo que sí cabe apuntar brevemente es que el sistema español de Seguridad Social se encuentra sometido a un constante proceso de reforma desde práctica-

lugar, la exclusividad: solo cuando trabajaba para un cabeza de familia de tal forma que si trabaja para dos o más cabezas de familia no concurre la primera exigencia. Pero la exclusividad no era suficiente: debe trabajar para ese cabeza de familia más de 80 horas al mes (20 horas a la semana) de forma que si trabajaba para un solo cabeza de familia pero menos de 80 horas al mes no concurrían tampoco los requisitos que determinaban la responsabilidad del cabeza de familia sino que la obligación corre a cargo exclusivo del empleado de hogar.

mente los inicios de su andadura aunque este proceso se ha acentuado en los últimos 20-25 años. Con todo, se trata siempre de reformas paramétricas y no sistémicas: es decir, reformas que afectan únicamente a elementos puntuales del sistema sin que en ningún caso se cuestione la necesidad del mantenimiento del sistema de Seguridad Social en su actual conformación como un sistema de carácter público. Su mantenimiento es incuestionable y así lo entienden todas las fuerzas políticas y sociales, lo que se ha materializado en los distintos acuerdos parlamentarios y sociales antes reseñados.

Estas reformas han sido numerosas y centradas fundamentalmente en el nivel contributivo. La ley que regula en la actualidad el sistema de Seguridad Social –el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, texto que refunde la Ley General de Seguridad Social de 1974 y la señalada Ley 26/1990– ha sido modificada desde su promulgación en numerosas ocasiones, en sentidos muy diferentes y también lo han sido las diferentes normas reglamentarias que regulan las distintas prestaciones económicas. Aunque cada una de las principales reformas tiene sus propias orientaciones y responde a sus propias necesidades y no puede concluirse que se haya tratado siempre de reformas regresivas, lo cierto es que, en general, las modificaciones han tendido a un incremento de la contributividad y proporcionalidad de las prestaciones contributivas, es decir, incrementando el esfuerzo de cotización del trabajador y calculando las prestaciones a percibir en relación al esfuerzo contributivo realizado (Ley 26/1985, de 31 de julio; Ley 24/1997, de 15 de julio; Ley 35/2002, de 12 de julio; Ley 40/2007, y como más reciente manifestación, la Ley 27/2011, de 1 de agosto). Sin embargo, otras modificaciones se han dirigido a facilitar el acceso a las prestaciones mediante la supresión de un clásico requisito contributivo como es la necesidad de que el trabajador se encuentre en activo o situación asimilada para tener derecho a la protección (Ley 26/1985, de 31 de julio; Ley 66/1999, Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Ley 50/1998 de 30 de diciembre) o, incluso, en otro orden de cosas, se ha extendido la acción protectora: así, en materia de viudedad, permitiendo el acceso a quienes no están unidos por vínculo matrimonial –aunque en condiciones diferentes y más estrictas que a los matrimonios (Ley 40/2007, de 4 de diciembre)– y también permi-

tiendo que en determinados supuestos pueda mantenerse la pensión de viudedad pese a que el viudo/a contraiga nuevo matrimonio (Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre) e incrementando en un porcentaje muy elevado la cuantía de la pensión, en algunos supuestos en los que la pensión constituya la fundamental fuente de ingresos y el viudo/a tenga responsabilidades familiares (Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre) y también cuando el pensionista sea mayor de 65 años y no perciba otra pensión pública aunque en este caso como mandato de futuro.⁴² También se han creado nuevas situaciones protegidas: la configuración de una prestación de maternidad no condicionada a un periodo de cotización previo, y durante todo el tiempo que dure el periodo de descanso obligatorio en el caso de la maternidad biológica y respecto de la madre (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), la protección por paternidad, como prestación adicional a la prestación por maternidad (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), y la prestación económica para los riesgos durante el embarazo (Ley 39/1999, de 16 de noviembre) y la lactancia (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo), la prestación para el cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave (Ley 39/2010, de 22 de diciembre); la prestación por cese de actividad para los trabajadores autónomos (Ley 32/2010, de 5 de agosto), o más en general, la homogenización de la acción protectora de los trabajadores autónomos respecto de los trabajadores por cuenta ajena, en un largo proceso que se inicia a partir del año 2003 (Ley 53/2002, de 30 de diciembre y Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre) como prolegómeno de la supresión de estos regímenes especiales y su integración en el Régimen General (trabajadores cuenta ajena) y R. E. de Trabajadores Autónomos (trabajadores cuenta propia). Igualmente se han adoptado importantes medidas dirigidas a prolongar la vida activa, inicialmente, de forma voluntaria (Ley 35/2002, de 12 de julio; Real Decreto 1132/2002, de 5 de diciembre) y posteriormente, ya con carácter obligatorio, el retraso de la edad ordinaria de jubilación (Ley 27/2011 de 1 de agosto) que ha elevado a los

42. La DA30ª Ley 27/2011 prevé la elevación gradual y progresiva por el Gobierno del porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad, en un plazo de 8 años a contar desde 1-1-2012, para los pensionistas de 65 o más años que no perciban otra pensión pública y no superen un determinado nivel de ingresos.

67 años la edad ordinaria de jubilación (aunque manteniendo en los 65 años tradicionales a quien acredite 38 años y 6 meses de cotización efectiva al sistema, sin computar las pagas extraordinarias), lo que no impide que en el sistema español continúen todavía vivas muchas vías para el acceso a la jubilación anticipada (disposición adicional 3.3ª LGSS; art. 161 bis.2 LGSS) y que incluso se hayan ampliado estas (Ley 27/2011 de 1 de agosto: reformando el 161.bis.2 LGSS)⁴³ y que existan edades de jubilación reducida atendiendo a las condiciones objetivas del trabajo prestado (art. 161 bis.1 párrafo primero LGSS) o por las condiciones subjetivas, especialmente, personas discapacitadas (art. 161 bis.1 párrafo segundo LGSS y Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre).

Por su parte, la protección por desempleo ha sido objeto también de numerosas reformas, que se inician en el año 1992 terminando con el generoso sistema de protección instaurado por la Ley 31/1984, de 2 de agosto, todas ellas dirigidas a incrementar el esfuerzo contributivo requerido para acceder a ella y simultáneamente reforzando el sistema de protección de desempleo como mecanismo de subvención para la búsqueda activa de empleo obligando a los desempleados a suscribir un «compromiso de actividad» como requisito para poder percibir las prestaciones contributivas (Ley 22/1992, de 30 de julio; Ley 22/1993, de 29 de diciembre; Ley 66/1997, de 30 de diciembre; Real Decreto ley 5/1999, de 9 abril; Ley 45/2002, de 1 de diciembre; Ley 42/2006, de 28 diciembre; Ley 43/2006, de 29 de diciembre; Ley 2/2008, de 23 de diciembre; Real Decreto ley 10/2010, de 16 junio; RDL 3/2012, de 10 de febrero; Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio). Sin embargo, positivo ha sido el reconocimiento del derecho a la protección por desempleo de los trabaja-

43. Efectivamente, la jubilación anticipada antes de la Ley 27/2011 solo era posible en dos situaciones diferentes: *a*) como reconocimiento de un derecho anterior, a quienes hubieran sido mutualistas con anterioridad a 1-1-1967; *b*) a quienes hubieran perdido el empleo por causa no imputable. En ambos casos, se exigía una edad mínima (60 y 61 años respectivamente), entre otros requisitos, y sobre todo, la pensión era objeto de minoración en un determinado porcentaje por cada año de anticipación de la jubilación respecto de la edad ordinaria. La Ley 27/2011 a la vez que ha elevado la edad ordinaria de acceso a la jubilación ha creado un nuevo supuesto de jubilación anticipada a partir de los 63 años sin necesidad de una pérdida previa del empleo por causa no imputable al trabajador aunque también con aplicación de coeficientes reductores.

dores eventuales agrarios con el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero, prestación de la que habían estado excluidos hasta entonces, con carácter general. Especialmente incisivas han sido las últimas reformas adoptadas en este periodo de crisis económica y financiera que se ha saldado con una fuerte pérdida de empleos: por vez primera desde la instauración del sistema de protección por desempleo se ha reducido para los nuevos perceptores la cuantía de la prestación contributiva a partir del séptimo mes, que pasa a estar cifrada en el 50% de la base reguladora (anteriormente era el 60%); se ha eliminado la contribución a la Seguridad Social por parte de la entidad gestora de parte de la cotización que corresponde satisfacer al desempleado durante esta situación, de forma que este debe asumir íntegramente toda la cotización durante la situación de desempleo; y respecto de los subsidios asistenciales, las modificaciones han sido también de calado, con especial incidencia en el subsidio para desempleados «maduros» que por su difícil empleabilidad tenía un régimen jurídico especial, elevándose la edad desde los anteriores 52 años a los 55 años, entre otras medidas.

Y finalmente, tampoco la incapacidad temporal y la incapacidad permanente han escapado de las innumerables reformas. Por lo que respecta a la primera, las principales modificaciones se han centrado en, por un lado, imputar al empresario la responsabilidad en el pago de los doce primeros días de la baja derivada de enfermedad común (Ley 28/1992, de 24 de noviembre) y por otro, y especialmente, en mejorar el sistema de control de las bajas médicas, ampliando progresivamente los poderes de los médicos adscritos a las entidades gestoras de la Seguridad Social para la expedición de las altas médicas respecto de la facultad que a estos efectos tienen atribuida los médicos del Servicio Nacional de Salud (Ley 55/1999, de 29 de diciembre; Ley 30/2005, de 29 de diciembre; Ley 40/2007, de 4 de diciembre; Ley 26/2009, de 23 de diciembre; Ley 35/2010, de 17 de septiembre).

Por lo que respecta a la incapacidad permanente, las principales reformas han sido, por un lado, facilitar el acceso a esta prestación a los trabajadores jóvenes, elevando de 26 a 31 años la edad del trabajador, al que se le aplica una regla más beneficiosa para el cómputo del periodo de cotización o carencia exigido (Ley 40/2007, de 4 de diciembre).

Sin embargo, no han faltado reformas que han endurecido los requisitos de acceso o su régimen jurídico: así, en la actualidad, el periodo de cotización que el trabajador acredite también se tiene en consideración para determinar la cuantía en un supuesto concreto de incapacidad permanente –la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común– lo que antes era indiferente (Ley 40/2007, de 4 de diciembre), y fruto de la última reforma a fecha de hoy (Ley 27/2011, de 1 de agosto), se ha modificado el sistema para la integración de lagunas (es decir, los periodos computables en los que el trabajador no acredita cotizaciones) en una modificación que va a suponer una reducción importante de la base reguladora computable.⁴⁴

Pero no han acabado aquí las reformas. Se anuncia desde hace ya años la futura reforma de la pensión de viudedad, con la finalidad de adaptarla a las nuevas realidades sociales y familiares, lo que se traducirá concretamente en la exigencia de dependencia económica del beneficiario respecto del causante aunque como contrapartida, se pretende mejorar la acción protectora de la viudedad y orfandad en las situaciones más vulnerables.⁴⁵ En este sentido, la Ley 27/2011 prevé la adopción por el Gobierno de las medidas reglamentarias precisas para elevar el porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión de viudedad hasta el 60% (frente al ordinario común 52%) a favor de los pensionistas con 65 o más años y que no perciban otra pensión pública, para lo cual concede al Gobierno un periodo de 8 años a contar desde el 1-1-2012.

44. La Ley 27/2011 ha reducido a 24 las mensualidades con lagunas susceptibles de ser integradas con el 100% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, reduciendo al 50% de dicha base mínima la integración de las lagunas a partir del vigesimoquinto mes y si bien es verdad que establece un mecanismo que favorece la posibilidad de integrar con cotizaciones anteriores reales del trabajador las eventuales lagunas en el periodo de referencia, se trata de una previsión de efectos muy limitados tanto porque limita a 24 el número máximo de mensualidades a integrar, como por el hecho de que solo se pueden utilizar para tal integración cotizaciones que el trabajador pudiera acreditar en los 36 meses anteriores al periodo que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora.

45. Vid. Documento sobre Revisión del Pacto de Toledo de 29-1-2010. Puede descargarse de <http://www.economiasostenible.gob.es/18-refuerzo-de-la-seguridad-social/>.

BIBLIOGRAFÍA

- CUESTA BUSTILLO, J. y M. SAMANIEGO BONEU (1988): *Los seguros sociales en la España del siglo XX*, tres volúmenes, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- DE LA VILLA GIL, L. E. (1999): «Las pensiones sociales: problemas y alternativas», en VVAA *Pensiones Sociales. Problemas y alternativas*. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid.
- (2003a): «El contenido constitucional de la asistencia social», en VVAA, *El trabajo y la Constitución: estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*. Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid.
- (2003b): «El modelo constitucional de protección social», en VVAA, *El modelo social en la Constitución Española*, Aranzadi, Cizur Menor.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (2010): «Protección social y Comunidades Autónomas», Ponencia presentada al XXI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Barcelona, 20-21 de mayo de 2010, <http://www.aedtss.com>.
- VICENTE PALACIO, A. (2004): «Base reguladora de la Incapacidad Permanente», en VVAA, *Comentario sistemático a la legislación de pensiones*, Dir. García Ninet/Monereo Pérez, Comares, Granada.

GÉNESIS, DESARROLLO Y NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

ARACELI DEL CARMEN BERISTAIN APREZA
*Catedrática titular de Seguridad Social en la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma del Estado de México*

I. INTRODUCCIÓN

La nueva economía y la moderna forma de hacer negocios, de la mano de la globalización, el neoliberalismo económico y las nuevas reglas de mercado, han hecho emerger rezagos en el manejo financiero de los países, especialmente de América Latina, incluido México, y las empresas.

Es visible que hasta nuestros días, no solamente los países más avanzados, muestran problemas que han puesto en grave peligro a sus economías, por ello una de las grandes dificultades de las naciones recae en el financiamiento de las pensiones para el retiro, tanto desde un enfoque gubernamental, misma que incide en la capacidad de las finanzas públicas para cubrir las pensiones de la cada vez más creciente población mayor; como desde la perspectiva de la iniciativa privada.

Analizando este problema confluyen múltiples causas que repercuten desde luego en la toma de decisiones de un gobierno para optar por los cambios y adecuaciones en el sistema de pensiones: el crecimiento de la expectativa de vida, la inmovilidad de la edad de jubilación, y en el caso mexicano, el enorme desarrollo económico de otras naciones, misma que influye de manera directa en el financiamiento de las pensiones y de las necesidades económicas tan crecientes como pobreza, salud, seguridad pública, equidad, etc.

En ese sentido, dentro de la investigación que se presenta, se hace un repaso inicial de los aspectos que dieron origen a la Seguridad Social en su entorno mundial, y en el orden nacional. En un tercer plano se entra al estudio de las instituciones de Seguridad Social que operan actualmente en el Estado Mexicano, describiendo sus funciones, los sujetos

que protege, las prestaciones y servicios que otorga y los requisitos que sus derechohabientes deben cubrir como mínimo para acceder a ellas, para lo cual se estudia al IMSS, al ISSSTE y al ISSFAM, como instituciones de Seguridad Social en el orden federal, haciendo una mención muy somera del ISSEMYM en el orden local.

Resulta importante resaltar el estudio que se hace del Seguro Popular de Salud, mismo que emerge durante el gobierno de Manuel López Obrador, como jefe del Distrito Federal, posteriormente retomado durante el sexenio del presidente de la República Mexicana, Vicente Fox Quezada, y que actualmente el presidente Felipe Calderón Hinojosa ha tendido hacia su universalización, sin dejar de lado que es retomado por algunos candidatos a la gubernatura de los Estados como bandera política. Con lo cual habrá que plantearse si su funcionalidad a futuro dará éxito, toda vez que no debemos olvidar que ha sido creado como un esquema de salud y seguridad social abierto, en el que se incorporan aquellos sujetos que quedan fuera del amparo de los demás sistemas de Seguridad Social vigentes en México (IMSS, ISSSTE, ISSFAM), cuestión que a mi punto de vista deja de lado el cumplimiento del principio de universalidad.

En un quinto apartado se alude a una reforma de los servicios de salud pública y de los sistemas de pensiones, a través de la cual se hace un análisis de las causas y los efectos que han propiciado las pasadas y actuales reformas, cayendo en una contextualización tanto económica, como política y social, a fin de determinar cuáles han sido los hechos que llevaron al gobierno mexicano al actual cambio e implementación de nuevas políticas públicas en materia de salud y Seguridad Social.

Finalmente, se analizan los actuales regímenes de pensiones que imperan en el orden tanto internacional como nacional, estableciendo sus mínimos beneficios, pero adentrándonos a los efectos nocivos ocasionados a la población económicamente activa y en vías de jubilación. Para el caso de México se comparan la Ley del Seguro Social de 1973, respecto de la de 1997, como actual y principal legislación que regula el Sistema Pensionario en México, y que desde luego ha servido como punto de partida para las recientes reformas a la Ley del ISSSTE en el 2007 y a la Ley del ISSEMYM en el 2001 para el caso específico del Estado de México, en el orden local.

El estudio realizado en este trabajo pretende mostrar en cierta medida los alcances que han tenido los distintos sistemas de pensiones implementados por los gobiernos, principalmente los de América Latina, sin dejar fuera desde luego a México, en aras de dar cumplimiento a las exigencias económicas para adaptar sus economías a ciertos parámetros y estándares de algunas instituciones internacionales, como es el caso del Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) y la Organización de los Estados Americanos (OCDE).

II. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL CONTEXTO MUNDIAL

Los primeros antecedentes de la Seguridad Social se dan con la aparición de ciertos tipos de aseguramiento reconocidos en Inglaterra, derivados de la aplicación de su comercio, a través de los Seguros Marítimos, y más adelante a través de los beneficios otorgados a las viudas. Sin embargo, la Seguridad Social formal nace en Alemania a finales del siglo XIX durante el gobierno del príncipe Otto Von Bismark («Canciller de Hierro»), quien sentó las bases de la Seguridad Social Alemana, por medio de la obligatoriedad contributiva como una forma en que el Estado dio respuesta a las exigencias de reivindicación social del sector laboral. Cabe señalar que a pesar de que se dieron beneficios muy reducidos, marca un avance en la previsión social, ya que tenía por objeto cubrir los accidentes de trabajo, las enfermedades laborales, además de proporcionar un tipo de fondo para el retiro. En sus avances la Seguridad Social se expandió hacia los demás países del mundo, teniendo como eje central el crecimiento en la cobertura de los esquemas de Seguridad Social tanto de forma vertical como horizontal, tratando también de incorporar más sectores poblacionales, y de mejorar los beneficios otorgados por tales esquemas.

Teniendo presente que en su mayoría los esquemas de Seguridad Social tenían por finalidad alcanzar y generalizar objetivos sobre estándares de calidad de la vida, así como reducir las desigualdades sociales y lograr la integración social, la Seguridad Social ha fijado parámetros de actuación a través de organizaciones internacionales especializadas,

tal es el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual fue creada en 1919 con el ánimo de fomentar la justicia social, así como los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. Con ello en 1952 la Conferencia Internacional del Trabajo, adoptó el Convenio sobre la Seguridad Social a través de su norma número 102, misma que estableció los beneficios mínimos a que las naciones adherentes tenían que apegarse y dar cumplimiento en cuanto la materia. Dicho convenio fue ratificado por 39 países de un total de 174 miembros, de los cuales seis son países de América Latina (Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Venezuela), y de forma específica tratándose de México se adhirió al convenio en 1961, entrando en vigor al año siguiente. Cabe resaltar que ni Canadá ni Estados Unidos forman parte de este instrumento internacional, lo cual resulta relevante como aspecto a discutirse, en términos de una posible portabilidad de derechos.

Ahora bien, el contenido de este convenio comprende nueve normas clásicas de la Seguridad Social estipuladas en él:

1. Asistencia médica (preventiva o curativa). Incluye todo estado mórbido, embarazo, parto y sus consecuencias.
2. Prestaciones monetarias de enfermedad.
3. Prestaciones de desempleo.
4. Prestaciones de vejez.
5. Prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.
6. Prestaciones familiares.
7. Prestaciones de maternidad.
8. Prestaciones de invalidez.
9. Prestaciones de sobrevivientes.¹

De manera complementaria algunos otros instrumentos jurídicos internacionales que prevén a la Seguridad Social como un derecho y un deber del Estado se encuentran en:

1. FORBES, ALEXANDER. *Sistemas de Pensiones en México: Perspectivas Financieras y Posibles Soluciones*, pp. 118 y 119.

- La Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944, surgida en el seno de la XXVI Reunión de la Conferencia General de la OIT.
- La Carta de la Organización de los Estados Americanos, suscrita el 30 de abril de 1948 en la IX Conferencia Internacional de la Organización de Estados Americanos, celebrada en Bogotá, Colombia; dentro de su artículo XVI.
- La Declaración Universal de los Derechos del Hombre elaborada por la UNESCO, y aprobada el 1º de diciembre de 1948, que señala en sus artículos 22 y 25 el derecho a la Seguridad Social.
- La Carta de Buenos Aires, suscrita con la celebración de la Tercera Conferencia Interamericana de Seguridad Social, celebrada en Argentina.
- La V Conferencia de los Estados Miembros de la OIT, en América Latina celebrada en 1952 en Petrópolis, Brasil.
- La Jornada Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social, celebrada en la ciudad de Belem, Brasil.
- En 1976 entraron en vigor dos pactos que fueron celebrados en el año de 1966 en el seno de la ONU: primeramente, el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, y en segundo lugar, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en este último se establecen nuevos derechos de corte social.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos, del 17 de noviembre de 1988, en su artículo 9 establece en qué consiste y qué abarca la Protección de la Seguridad Social para los Estados miembros.
- La Conferencia Internacional del Trabajo, en su 89ª reunión, en el año de 2001, la cual dentro de sus conclusiones aborda el aspecto de la Seguridad Social.

Así mismo algunas Constituciones que ya regulan algún sistema o esquema de Seguridad Social son:

- Constitución Alemana de 1919 (artículo 163)
- Constitución de Chile de 1925 (artículo 1º, inciso 14)

- Constitución Española de 1931 (artículo 46 , 2º apartado)
- Constitución de Portugal de 1933 (artículo 8 , inciso 1)
- Constitución de Perú de 1935 (artículo 48)
- Constitución de Uruguay de 1934 (artículo 58)
- Constitución de Colombia de 1936 (artículo 39)
- Constitución de URSS de 1936 (artículo 120)

III. EVOLUCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

Es casi nulo encontrar en México durante la época precolonial a instituciones o instrumentos que ejemplifiquen la aplicación de la Seguridad Social como tal, sin embargo, lo más cercano a ello lo encontramos durante el reinado de Moctezuma II, en el que existió alguna especie de hospitales, mismos en los que eran atendidos los enfermos pero principalmente los guerreros, así como también, el Tlatoaní azteca a través del cual sostenía en Culhuacan un establecimiento encargado de atender a ancianos e impedidos principalmente que hubiesen servido a la confederación en asuntos políticos o militares.

Aunque en los inicios de la colonia, la Corona española, a través del Real y Supremo Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla tuvo como objetivo otorgar protección a la mujer encinta, así como la protección contra labores insalubres y peligrosas, la aplicación del principio de casas higiénicas y la atención médica obligatoria, además del descanso pagado por enfermedad, aspectos que no se lograron toda vez que nunca se llevaron a la práctica.

Cabe señalar que durante esta época inicialmente se fundaron hospitales con propósitos de caridad cristiana, tendientes a brindar protección contra las adversidades de la pobreza, mismos que estuvieron auspiciados por distintos misioneros, tal es el caso de Fray Bartolomé de las Casas también llamado «Apóstol de las Indias», quien sirve de inspiración para que más adelante Vasco de Quiroga funde el primer hospital al cual llamó «Hospital de Santa Fe», que originalmente fue un asilo para niños expósitos y después se amplió hasta convertirse en una cooperativa de producción y consumo. Por su parte, Fray Pedro de Gante además de crear escuelas para niños,

procuró que los naturales aprendieran oficios y artes, con lo cual se tiene la perspectiva de prevención contra el riesgo de desempleo.

Otra de las figuras o instituciones que sobresalen en esta época lo constituyeron las Cajas de Comunidades de Indios, las cuales fueron instituciones de ahorro y crédito al servicio de los naturales, presentando tres vías para obtener ingresos; una de carácter agrícola, otra de naturaleza industrial y otra censal. Dicha institución tiene su antecedente en los fondos que los indígenas obtenían del Altepletalli, es decir, de las tierras cultivadas de forma colectiva durante la época precolonial.

Finalmente aparece la Cofradía gremial o gremios, considerados como sociedades o asociaciones civiles de socorro mutuo, organizados y constituidos a la sombra de la Iglesia, asimismo conformadas de artesanos que practicaban un mismo oficio (maestro, oficial y aprendices) y que tenían como fin:

- a) El culto a los santos patronos, es decir, la adoración a un santo.
- b) La reunión para rezar a Dios para pedir por el bien espiritual y material de sus miembros.
- c) El establecimiento de instituciones de beneficencia pública destinadas a socorrer a los mismos compañeros de la cofradía.

Aunque ya en la práctica se visualiza que los únicos beneficiados por este sistema son los maestros, ya que los oficiales y aprendices eran severamente explotados.

A la llegada de la época independiente, se destacan dos documentos esenciales que sirven de sustento a la Seguridad Social durante esta época, el Bando Agrario del 5 de diciembre de 1810 expedido por Miguel Hidalgo I Costilla, y los Sentimientos de la Nación proclamados por José María Morelos y Pavón. Asimismo merece destacarse el artículo 25 de la Constitución Centralista (7 Leyes Centralistas) de 1836, que estableció:

Estará a cargo de los Ayuntamientos: la policía de salubridad y comodidad, cuidar de las cárceles, de los hospitales y casas de beneficencia, que no sean de fundación particular.²

2. CÁZARES GARCÍA, GUSTAVO, *Derecho de la Seguridad Social*, p. 249.

Tras la lucha de independencia y específicamente en la etapa de la reforma se tienen dos documentos legislativos que muestran el precedente de la Seguridad Social durante esta época, el Decreto del 1° de abril de 1855 con el cual se crea el hospital militar y se reglamenta el servicio médico militar del ejército y la armada nacional. Y el Decreto de Jubilaciones y Pensiones a los empleados del correo, promulgado el 20 de febrero de 1856.

Benito Juárez por su parte, en febrero de 1861 secularizó a través de sus Leyes de Reforma a los hospitales y establecimientos de beneficencia que hasta esas fechas habían sido administradas por la Iglesia.

Por lo que respecta a la Constitución de 1857 en su artículo 72, fracción xxvi dispuso como facultades del Congreso Federal: «conceder premios y recompensas a quienes hubieran prestado servicios relevantes a la nación o a la humanidad...».³

Por su parte Maximiliano de Habsburgo, establece los primeros intentos de la Asistencia Social en México, a través del establecimiento de la Junta Protectora de las Clases Menesterosas, teniendo un corte privado y con fines de caridad, y encargada de conceder derechos protectores a los obreros y campesinos, mismos que se agruparon a través de las cofradías de artesanos, aunque a finales de esta época fueron desapareciendo paulatinamente.

Durante la época porfirista son escasos los antecedentes que en materia de Seguridad Social se tienen, sin embargo también eran carentes y limitadas las condiciones derivadas de la prestación laboral, por lo que las mutualidades se ven en situación de desventaja frente al desarrollo de los talleres manufactureros y las fábricas. En tal sentido, la clase trabajadora atravesó por enormes dificultades para llegar a su proceso de consolidación dada la concepción liberalista de la economía, a través de la cual durante el Porfiriato llevó a cabo una política de férreo control de sus acciones haciendo presión hacia el sector productivo para mantener su estatus, sin embargo la rama que más se industrializó fue la textil, pese a ello.

3. *Ibidem*, p. 253.

Por lo que hace al periodo revolucionario, es bien sabida la situación de auge por la que atravesaban los sectores obrero y campesino, con el ánimo de obtener mejores condiciones de vida y de trabajo, con lo que aparece el Manifiesto del Partido Liberal Mexicano, firmado en San Luis Missouri el 1° de julio de 1906 por los Hermanos Flores Magón, Antonio y Rosalío Bustamante, en cuyo texto se analizan la situación que en que vivían las clases obrera y campesina proponiendo reformas de naturaleza político, agrario y laboral.

Otro documento sobresaliente y suscitado en esta época lo conforma el Plan de San Luis, emitido por Francisco I Madero, que determinaba en su fracción XII: «dicta normas para la construcción de habitaciones higiénicas y cómodas, pagaderas en largos plazos para las clases obreras».⁴

Otro documento sobresaliente y suscitado en esta época lo conforma el Plan de San Luis emitido por Francisco I Madero, que determinaba en su fracción XII: «dicta normas». Los únicos antecedentes verdaderos de la legislación moderna sobre aseguramiento de los trabajadores y de sus familiares, se encuentran a principios de este siglo, a través de disposiciones de rango estatal:

1. Ley de Accidentes de Trabajo del Estado de México o Ley Villada del 30 de abril de 1904.
2. Ley de Accidentes de Trabajo del Nuevo León o Ley Bernardo Reyes del 9 de noviembre de 1906.
3. Decreto de Venustiano Carranza del 12 de diciembre de 1912.
4. Ley de Accidentes de Trabajo del estado de Chihuahua de Salvador R. Mercado del 29 de Julio de 1913.
5. Decreto número 7 del coronel Manuel Pérez Romeo gobernador y comandante militar del estado de Veracruz, el 4 de enero de 1914 por el que se establece el descanso dominical para los dependientes del comercio y la industria, así como la protección al trabajador contra las consecuencias de las enfermedades.

4. *Ibidem*, p. 277.

6. Decreto de Manuel M. Diéguez del estado de Jalisco del 2 de septiembre de 1914, en el que se establece el descanso dominical, el descanso obligatorio, las vacaciones y la jornada de trabajo en las tiendas de abarrotes y los almacenes de ropa.
7. Ley del Trabajo del estado de Jalisco de Manuel Aguirre Berlanga del 7 de octubre de 1914 (misma que fue reformada el 20 de diciembre de 1915).
8. Ley del Trabajo del Estado de Veracruz de Cándido Aguilar, del 19 de octubre de 1914. Ley del Trabajo del estado de Yucatán de Salvador Alvarado, del 11 de diciembre de 1915, que establecía el mutualismo, en apoyo a los trabajadores.
9. Ley sobre Accidentes de Trabajo del estado de Hidalgo del 25 de diciembre de 1915.
10. El Código de Trabajo de Campeche de 22 de diciembre de 1917, el cual preveía pensiones vitalicias en lugar de indemnizaciones.
11. Ley del Trabajo del Distrito Federal de 4 de octubre de 1918, que proponía que las indemnizaciones por riesgos de trabajo se sustituyeran por seguros a beneficio de los obreros o empleados.
12. Ley del Trabajo de Sonora de fecha 15 de octubre de 1918, encargada de impulsar al patrón, incluso al Estado y Ayuntamientos la obligación de proteger a los trabajadores contra las consecuencias de los riesgos de trabajo.
13. En contraposición, en Jalisco se expide la Ley del Trabajo el 3 de agosto de 1923, la cual eximió de la responsabilidad de los riesgos de trabajo a cargo del patrón, cuando este constituyera a su costo un seguro a favor del trabajador.
14. Asimismo surge la Ley del Seguro Social durante el sexenio del presidente Manuel Ávila Camacho de 1940 a 1947, reformada en su totalidad a través de la expedición de una nueva ley en 1973 durante el sexenio de Echeverría, y a través de la cual se habla de una consolidación plena de los derechos sociales en México, ya que fue un instrumento fundamental del Estado mexicano y sus gobiernos por lograr un mínimo de bienestar y desa-

rollo de la gran masa de su población y consecuentemente para atemperar las grandes desigualdades sociales; finalmente se reforma en 1996 a fin de integrar las Administradoras de Fondos para el Retiro (Afores), sin antes hacer mención que en el contenido de exposición de motivos de todas y cada una de ellas, se reitera la idea de darle a la Seguridad Social un carácter universal.

Por lo que hace a la Seguridad Social imperante en el México neoliberal, la política de la Seguridad Social se unifica e institucionaliza en la década de los años cuarenta con el surgimiento de la Ley del Seguro Social en 1943, previo a ello todos los Servicios de Seguridad Social eran proporcionados de manera particular por los empresarios o empleadores, de índole privado a través de instituciones tanto públicas como privadas que administraban pensiones civiles y militares en cualquiera de los tres órdenes de gobierno, inicialmente en cada entidad federativa y posteriormente unificándose a toda la nación.

Entre los años ochenta y la década de los noventa, con el sello característico del neoliberalismo, el IMSS incursiona en la modificación de manera radical y estructural en el Seguro Social de Retiro, modificando su financiamiento y sistema de reparto común, pasando a la integración y conformación de un Sistema de Capitalización Individual (privatizada).

Sin embargo, cabe señalar que algunos de los principales problemas por los que atraviesa la Seguridad Social en México, podemos listarlos de la siguiente forma:

- a) La cobertura limitada en términos de la población trabajadora y en relación con la población total, pese a la existencia de una ley, así como instituciones de Seguridad Social creadas hace sesenta años, mismas que presentan rezagos estructurales. La cobertura actual de todos los sistemas públicos de Seguridad Social cubre hoy por hoy al cincuenta por ciento de la población total, a un treinta por ciento de la población económicamente activa, así como a un cincuenta por ciento de la población empleada, ya que el

resto queda protegida a través de otros esquemas de Seguridad Social, tales como el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) al referirnos a los burócratas federales, el Instituto de Seguridad de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) haciendo alusión al sector de la milicia, aunque en algunos de los Estados de la República mexicana también se han implementado esquemas de Seguridad Social aplicables a los burócratas locales, tal es el caso del Estado de México a través del Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios (ISSEMYM).

- b) El déficit histórico del seguro de enfermedades y maternidad que recayó sobre los fondos de los seguros de riesgos de trabajo y pensiones de retiro, misma que sirvió de justificante al Gobierno federal en aras de la privatización de pensiones.
- c) La insuficiencia económica de las pensiones de retiro, atribuida por el Gobierno de Zedillo al sistema de financiamiento derivado del manejo ineficaz de las reservas y del abandono por casi veinte años del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), ha propiciado la falta de atención y de servicios destinada a los sectores más vulnerables.
- d) En otras palabras, la inadecuada adaptación del sistema de Seguridad Social, del Gobierno y de la sociedad a los cambios en la esperanza de vida, y el hacer más larga la vida laboral activa, aunado a la polarización del perfil epidemiológico, han originado el declive de la Seguridad Social mexicana actual, toda vez que en aras de extenderse más los beneficios y servicios para lograr un crecimiento vertical de la Seguridad Social en México, estos han venido apuntalando como consecuencia a la disminución de prerrogativas derivadas de ello.

IV. INSTITUCIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN MÉXICO

A lo largo del desarrollo histórico de nuestro país han venido apareciendo una diversidad de instituciones de Seguridad Social, tendientes de forma individual a la protección de grupos de poblaciones específicos, toda vez que en relación a la fundamentación del Estado Social de Derecho, el benefactor o proveedor de todos los medios de subsistencia y entre ellos de la salud y la Seguridad Social recae de manera específica en el propio Gobierno o Estado.

Lo anterior partiendo de que la ideología de bienestar se basa en los principios de igualdad de oportunidades, distribución equitativa de la riqueza y responsabilidad pública hacia los desvalidos, es decir, hacia aquellos que por sí solos no pueden proveerse los satisfactores mínimos de las necesidades humanas básicas universales. Con ello, la ideología de bienestar y el Estado Social de Derecho se convierten en dos elementos imprescindibles para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, en la cual la primera contribuye a la supervivencia y el disfrute de las condiciones que permitan el acceso a una vida digna en pleno ejercicio de la libertad, en tanto que el segundo refiere al reconocimiento de tratados internacionales e instrumentos constitucionales de los derechos que permitirán alcanzar las expectativas de bienestar.

Lo anterior sirve de base para señalar que por lo que hace a México existen tres instituciones básicas de orden federal, a través de las cuales se agota el cumplimiento primigenio del derecho a la salud contenido en el artículo 4° de la Constitución federal. No debiendo omitir que a su vez todas y cada una de las entidades federativas dada su autonomía, implementan sus propios sistemas y/o esquemas de Seguridad Social.

IV.1. Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS)

El IMSS es un ente que tiene como mandato legal derivado del artículo 123, apartado A), fracción XXIX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la misión de ser el instrumento básico de la Seguridad Social mexicana, establecido como un servicio público de

carácter nacional, para todos los trabajadores del sector privado y sus familias, con una tendencia a crecer de manera horizontal, ya que derivado de múltiples reformas realizadas a la Ley del Seguro Social, el gobierno federal ha tenido por objeto aumentar la cobertura de la población y se persigue como un mandato constitucional y con un sentido social.

Por su parte, el artículo 2 de la Ley del Seguro Social establece que la Seguridad Social tienen por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado. En este sentido, el IMSS proporciona a sus derechohabientes una gama de seguros, mismos que a través de sus prestaciones y servicios le permitan cumplir con lo establecido en la norma y sobre todo, brindar tranquilidad y estabilidad a los trabajadores del sector privado y sus familias ante el acaecimiento de cualquiera de los riesgos especificados en la legislación correspondiente. por ello, el seguro social comprende los regímenes obligatorio y voluntario, como vías de acceso de los derechohabientes para poder contar con los servicios y prestaciones a que tienen derecho, siempre y cuando se satisfagan los requisitos a cubrir.

Ahora bien, es importante advertir que la función desempeñada por el IMSS despliega tres vertientes:

- a) Como institución administradora de riesgos. En este caso el IMSS administra los distintos ramos de seguro que prevé la Ley del Seguro Social, requiriendo de una adecuada gestión de las contribuciones y los recursos financieros para proporcionar las prestaciones económicas y en especie que por obligación deben otorgarse al trabajador y sus familias en su carácter de derechohabiente. En este caso, él es obligado directo en velar por el cumplimiento de las normas de Seguridad Social en beneficio del sector laboral, para ello, una vez que el patrón cumplió con sus obligaciones contenidas en el artículo 15 de la Ley del Seguro Social, el IMSS deberá proveer al trabajador y sus familias de los servicios y pres-

taciones a que tienen derecho, debiendo cubrir las contingencias derivadas por riesgos de trabajo (profesionales o no profesionales), maternidad, retiro, y otros.

- b) Como organismo fiscal autónomo. El IMSS debe centrar su función en conducir que las recaudaciones señaladas por mandato constitucional y fiscal, contenidas en los artículos 31, fracción IV constitucional, y 2, fracción II del Código Fiscal de la Federación sean practicadas de forma transparente y con un total manejo y control en la información que ello genera.
- c) Como entidad prestadora de servicios. Fomenta la salud de la población trabajadora asegurada y de sus familias, de los pensionados y de los estudiantes de manera integral, a través de la provisión de servicios preventivos y médicos curativos, de guarderías y de prestaciones económicas y sociales previstos en la Ley del Seguro Social.

La Ley del Seguro Social prevé en sus artículos 6 y 11, respectivamente, los regímenes y seguros, siendo estos:

- A. El Régimen Obligatorio, como un conjunto de normas que regulan la incorporación forzosa del IMSS y el otorgamiento de prestaciones y servicios de todos los sujetos que presten un servicio personal subordinado a un patrón. Así como la obligación de cotizar para el financiamiento de los seguros que lo integran: por un lado el Seguro de Riesgos de Trabajo, a través del cual se atienden las contingencias derivadas de los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en el desempeño de su trabajo. En segundo término, el seguro de enfermedades y maternidad, a través del cual se atienden los riesgos derivados de las enfermedades no profesionales, además de la atención a la maternidad; asimismo el seguro de invalidez y vida, que tiene por objeto enfrentar la imposibilidad física notoria y manifiesta del trabajador (derivada de un accidente no profesional) para procurarse mediante un trabajo igual, una remuneración superior al 50% de su remuneración habitual percibida durante su vida laboral. El seguro

de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez. Este seguro atiende el aspecto de la jubilación de los trabajadores, a través de la contratación con una aseguradora de los seguros de sobrevivencia y de renta vitalicia para llevar a cabo lo que se denominan «Retiros Programados», lo anterior tomando los fondos de la cuenta individual del ahorro para el retiro del propio trabajador. Finalmente el seguro de guarderías y prestaciones sociales, a través del cual se proporciona el servicio de guarderías durante la jornada de trabajo a los padres trabajadores, o en su caso a quien tenga el cuidado y custodia de los hijos. Además de proporcionarse servicios institucionales como centros vacacionales, velatorios y otros, no dejando de lado el aspecto de las prestaciones sociales de solidaridad social, destinados a sectores socialmente vulnerables.

Por último, los sujetos que ampara este régimen se encuentran reconocidos en el artículo 12 de la misma Ley del Seguro Social:

- I. Las personas que de conformidad con los artículos 20 y 21 de la Ley Federal del Trabajo presten en forma permanente o eventual, a otras de carácter físico o moral o unidades económicas sin personalidad jurídica, un servicio remunerado, personal y subordinado, cualquiera que sea el acto que le dé origen, y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza del patrón aun cuando este, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones.

Cabe hacer mención que anteriormente la Ley del Seguro Social, únicamente hacía referencia de manera muy genérica reconociendo como trabajador con derecho a ser afiliado de manera forzosa a aquellos que se encontraran sujetos a una relación laboral; sin embargo se ha demostrado la existencia de algunos patrones que no necesariamente llevaron a cabo la contratación laboral formalizándola a través de un contrato individual de trabajo, lo que ocasionaba que estos estuvie-

ren faltos de dar cumplimiento a todas sus obligaciones tanto en materia laboral, como de Seguridad Social y fiscal, lo cual trajo como consecuencia a los trabajadores la falta de Seguridad Social, y la posibilidad a largo plazo de poder cotizar para un retiro y en su caso el no acceso a la atención médica.

II. Los socios de sociedades cooperativas.

III. Las personas que determine el ejecutivo federal a través del decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta ley y sus reglamentos.

B. Mientras que el Régimen voluntario es aquel en que cualquier persona, especialmente del sector informal, o bien no comprendidas por el Régimen obligatorio del IMSS, podrá contratar con el Instituto el otorgamiento para él y su familia de las prestaciones médicas a cambio del pago de una cuota fija anual al 22% de un salario mínimo general anual vigente en el distrito federal. Este régimen se encuentra conformado por los siguientes seguros: el seguro de salud para la familia, que es contratado a través de un convenio por virtud del cual los miembros de la familia, entendido en sentido amplio, son amparados con las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad a cambio de un pago anual al IMSS equivalente al 22.4% sobre el salario mínimo general del distrito federal. Además encontramos el seguro adicional, que consiste en la contratación que hace un patrón con el IMSS a efecto de que este satisfaga el incremento a las prestaciones, derivadas de su otorgamiento en mejores condiciones, las cuales son fijadas en un contrato colectivo de trabajo, o bien en un contrato ley, mediante el pago de las cuotas extraordinarias convenidas al efecto. Por último, el seguro facultativo, estos funcionan a través de la subrogación de servicios directa e indirecta, toda vez que se faculta a otra(s) institución(es) de naturaleza pública o privada para otorgar los mismos servicios y prestaciones que otorga el IMSS, con la diferencia de que estos son y serán siempre de mejor calidad, recayendo siempre en prestaciones en especie.

Desde el aspecto del régimen voluntario, el IMSS contempla dos figuras jurídicas dentro de estas: por un lado la continuación voluntaria en el régimen obligatorio, la cual opera en el momento en que una persona en el Régimen obligatorio del IMSS causa baja, por lo que de manera voluntaria esta decide continuar con el pago de sus aportaciones a fin de seguir cotizando para sus prestaciones económicas y en especie, siempre y cuando cumpla con el requisito de las 52 cotizaciones semanales acreditadas en el régimen obligatorio en los últimos cinco años al ser dado de baja. Respecto de la incorporación voluntaria en el régimen obligatorio, origina el ingreso o afiliación al régimen obligatorio por la propia decisión del o los sujeto(s) beneficiario(s), como es el caso de los trabajadores independientes o no asalariados.

Finalmente, por lo que hace a los sujetos amparados a través del régimen voluntario, el artículo 13 de la Ley del Seguro Social, señala que voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio:

- I. Los trabajadores en industrias familiares, y los independientes como profesionales, comerciantes en pequeño, artesanos y demás trabajadores no asalariados.
- II. Los trabajadores domésticos.
- III. Los ejidatarios, colonos y pequeños propietarios.
- IV. Los patrones personas físicas con trabajadores asegurados a su servicio.
- V. Los trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas de la Federación, entidades federativas y municipios que estén excluidas o no comprendidas en otras leyes o decretos como sujetos de Seguridad Social.

IV.2. Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)

A semejanza del IMSS, el ISSSTE se origina a través de un mandato legal derivado del artículo 123, apartado B), fracción XI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su misión consiste en servir como instrumento básico de la Seguridad Social, establecido como un servicio público de carácter nacional, destinado a todos los trabajadores al servicio del Estado y sus familias, para lo cual dentro del artículo 1 de la Ley del ISSSTE considera que los sujetos a quien se aplica la presente ley son:

1. La presidencia de la República, las dependencias y entidades de la Administración Pública federal, incluyendo al propio ISSSTE.
2. Ambas cámaras del Congreso de la Unión, incluidos los diputados y senadores, así como los trabajadores de la entidad de fiscalización superior de la federación.
3. El Poder Judicial de la Federación, incluyendo a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrados y jueces, así como consejeros del Consejo de la Judicatura Federal.
4. La Procuraduría General de la República.
5. Los órganos jurisdiccionales autónomos.
6. Los órganos con autonomía por disposición constitucional.
7. El Gobierno del Distrito Federal.
8. Los gobiernos de las demás entidades federativas.

Ahora bien, la Ley del ISSSTE al igual que la Ley del IMSS contempla en su artículo 2 los mismos regímenes de Seguridad Social: régimen obligatorio y régimen voluntario; relativo a este último únicamente opera la figura de la continuación voluntaria en el régimen obligatorio.

Por lo que hace a sus seguros, prestaciones y servicios, en sus artículos 3 y 4 de la Ley del ISSSTE los establece.

Artículo 3. Se establecen con carácter obligatorio los siguientes seguros:

- I. De salud, que comprende:
 - a) Atención médica preventiva.
 - b) Atención médica curativa y de maternidad.
 - c) Rehabilitación física y mental.
- II. De riesgos de trabajo.
- III. De retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.
- IV. De invalidez y vida.

Artículo 4. Se establecen con carácter obligatorio las siguientes prestaciones y servicios:

- I. Prestamos hipotecarios y financiamiento en general para la vivienda, en sus modalidades de adquisición en propiedad de terrenos o casa habitación, construcción, reparación, ampliación o mejoras, así como para el pago de pasivos adquiridos para estos conceptos.
- II. Prestamos personales:
 - a) Ordinarios.
 - b) Especiales.
 - c) Para adquisición de bienes de consumo duradero.
 - d) Extraordinarios para damnificados por desastres naturales.
- III. Servicios sociales, consistentes en:
 - a) Programas y servicios de apoyo para la adquisición de productos básicos y de consumo para el hogar.
 - b) Servicios turísticos.
 - c) Servicios funerarios.
 - d) Servicios de atención para el bienestar y desarrollo infantil.
- IV. Servicios culturales, consistentes en:
 - a) Programas culturales.
 - b) Programas educativos y de capacitación.
 - c) Atención a jubilados, pensionados y discapacitados.
 - d) Programas de fomento deportivo.

IV.3. Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM)

Se trata también de un organismo público descentralizado del ejecutivo federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Dentro de la Ley del ISSFAM, no se señalan la existencia de regímenes de Seguridad Social, ni mucho menos de figuras equiparables a estas; sin embargo, por analogía deducimos que sigue las reglas del ISSTE, es decir, reglamenta de manera única el Régimen Obligatorio, operando solamente la figura de la continuación voluntaria, para el caso de que un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas (Militar) cause baja.

Por lo que hace a los sujetos amparados, se entiende que quedan dentro de este rubro los militares en un contexto amplió, comprendiendo a: miembros del ejército, miembros de la fuerza aérea y miembros de la armada de México.

Dentro de las prestaciones que reglamenta la Ley del ISSFAM en su artículo 18 encontramos:

- I. Haberes de retiro
- II. Pensión
- III. Compensación
- IV. Pagas de defunción
- V. Ayuda para gastos de sepelio
- VI. Fondo de trabajo
- VII. Fondo de retiro
- VIII. Seguro de vida
- IX. Seguro colectivo de retiro
- X. Ventas de casas y departamentos
- XI. Ocupación temporal de casas y departamentos, mediante cuotas de recuperación
- XII. Prestamos hipotecarios y a corto plazo
- XIII. Tiendas, granjas y centros de servicio
- XIV. Servicios turísticos
- XV. Casas hogar para retirados
- XVI. Centros de bienestar infantil

- XVII. Servicios funerarios
- XVIII. Becas y créditos de capacitación científica y tecnológica
- XIX. Centros de capacitación, desarrollo y superación para derechohabientes
- XX. Centros deportivos y de recreo
- XXI. Orientación social
- XXII. Servicio médico integral
- XXIII. Farmacias económicas
- XXIV. Vivienda

V. ESQUEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL ABIERTOS. EL SEGURO POPULAR DE SALUD: UNA REFORMA DE SALUD PARA LA POBLACIÓN NO ASEGURADA

Los servicios de salud para la población no asegurada o abierta en México, actualmente son cubiertos entre la Secretaría de Salud (SSA), el Programa IMSS y el Departamento del Distrito Federal. La tendencia general de las reformas de tipo administrativo desde los años ochenta ha sido hacia responsabilizar de manera individualizada a todos y cada uno de los Estados de la República Mexicana por el aumento en una mayor proporción de los gastos de salud destinados a las poblaciones abiertas, así como otorgar a sus autoridades mayores facultades discrecionales sobre la distribución del gasto en salud, por lo que es hasta los años noventa cuando se plantea un paquete básico de intervenciones que representa una reforma sustantiva en la atención a la población abierta.

La intención fue crear un Sistema Nacional de Salud (SNS) que superara las divisiones internas del sector e hiciera más universal el aspecto de acceso a los servicios de salud, basado bajo los siguientes principios:

1. Modernización administrativa
2. Sectorización
3. Coordinación intersectorial
4. Descentralización
5. Participación comunitaria

Además no hay que olvidar que en 1984 se modifica el *artículo 4º* constitucional y se eleva a rango constitucional la protección a la salud, asimismo se aprobó la Ley General de Salud.

Entre 1988 y 1994 no se presentan nuevos intentos de reforma al respecto, sino que se concentran los esfuerzos por impulsar la descentralización de los servicios de salud entre la SSA y el IMSS, así como ampliar la cobertura de los mismos, quedando pendiente el proyecto IMSS-Solidaridad (antes IMSS-Coplamar) a los sistemas estatales, por lo que cesa temporalmente la tirantez existente entre el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y la Secretaría de Salud (SSA).

El Programa Nacional de Salud 1990-1994 planteaba como objetivos generales:

1. Fomento a la cultura de la salud.
2. Acceso universal a los servicios de salud con equidad y calidad.
3. Prevención y control de enfermedades y accidentes.
4. Protección del medio ambiente y saneamiento básico.
5. Contribución a la regulación del crecimiento demográfico.
6. Impulso a la asistencia social.⁵

Pero ante tales objetivos, había que aplicar una serie de estrategias, tales como:

1. Coordinación funcional del Sistema Nacional de Salud.
2. Fortalecimiento de los sistemas locales de salud.
3. Descentralización de los servicios de salud.
4. Modernización y simplificación administrativa.
5. Coordinación intersectorial.
6. Participación de la comunidad.⁶

5. BRACHET MÁRQUEZ, VIVIANE, *Salud Pública y Regímenes de Pensiones en la Era Neoliberal: Argentina, Brasil, Chile y México, 1980-2000*, p. 339.

6. *Idem*.

Sin embargo durante esta etapa, la participación del gasto público dirigida al gasto en salud en el PIB disminuye de 2% a 1.7%, reduciéndose por ende, también los presupuestos a los servicios de salud para la población no asegurada, diferenciándose las entidades federativas ricas de las pobres. Para remediar parcialmente este problema se inicia en 1991 el Programa de Apoyo a los Servicios de Salud para Población no Asegurada (PASSPA), a través del cual se repartieron doscientos cincuenta millones de dólares (provenientes de prestamos internacionales) entre los cuatro Estados más pobres: Chiapas, Oaxaca, Guerrero e Hidalgo, y el DF para servicios a la población marginada.

Con el Programa de Reforma del Sector Salud, derivado del Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 encontramos además de las metas y programas anteriores, dos reformas relevantes: la elección del médico familiar en los lugares donde existen alternativas (ciudades) a fin de incrementar la competencia interna; este se declara idóneo para la población con capacidad de prepago, es decir, aquella que puede incorporarse a la Seguridad Social a través del régimen obligatorio y/o voluntario; y en segundo término la definición de un paquete básico de servicios de salud, dentro de los objetivos de ampliar la cobertura y la equidad, y favorecer la horizontalización de los servicios, reconociendo a través de estos la responsabilidad del Estado hacia los pobres rurales y marginados urbanos sin capacidad de prepago (aunque en la realidad fáctica deben pagar medicinas y cuotas de recuperación).

El paquete básico, originalmente propuesto por la Fundación Mexicana para la Salud (FUNDSALUD) contenía 24 intervenciones básicas seleccionadas sobre la base del peso de la enfermedad y el costo-efectividad de dichas intervenciones, de las cuales la Secretaría de Salud (SSA) seleccionó solamente 12:

1. Saneamiento.
2. Planificación familiar.
3. Atención prenatal, del parto y puerperio del recién nacido.
4. Vigilancia de la nutrición y crecimiento infantil.
5. Inmunizaciones.
6. Manejos de casos de diarrea en el hogar.

7. Tratamiento antiparasitario a las familias.
8. Manejo de infecciones respiratorias agudas.
9. Prevención y control de tuberculosis pulmonar.
10. Prevención y control de la hipertensión arterial y de la diabetes mellitus.
11. Prevención de accidentes y manejo inicial de lesiones.
12. Capacitación comunitaria para el autocuidado de la salud.

En cierto sentido la reforma consagró la división siempre existente entre la Seguridad Social y los servicios a la población abierta, declarando más incluyente la Seguridad Social, e integrado el subsector destinado a la población de recursos escasos bajo a la autoridad de los gobiernos estatales.

De tal panorama, nace a partir del 2003 una importante innovación en materia de servicios de salud: el seguro popular, el inesperado seguro para los no asegurables. Tal reforma estableció un sistema de servicios de salud y medicamentos para la población abierta (excluida de sistemas de Seguridad Social), la cual consiste en un sistema de prepago escalonado, en función de la capacidad económica de la población de bajos ingresos, y en su caso gratuito para ciertos grupos clasificados como pobres sin empleo formal.

Para pertenecer al sistema, las entidades federativas debían firmar voluntariamente un convenio con el Gobierno Federal, cosa que exaltó al Distrito Federal por contar con su propio sistema de servicios de salud gratuitos. Para el año 2005 la totalidad de los Estados habían firmado el convenio, aunque no todas las localidades dentro de estos recibían tal servicio. Con ello se ha demostrado que el gasto por concepto de salud se ha reducido en un 25% aproximadamente en los hogares que cuentan con seguro popular, principalmente con la mayor disponibilidad de medicamentos en las unidades de salud.

Derivado del seguro popular de salud, los recursos destinados a financiar los seguros públicos, provienen principalmente de los presupuestos públicos nacionales y estatales. Aunque desde el sexenio de Vicente Fox (2000-2006), se ha propuesto una reforma fiscal, para financiar al respecto, la cual ha fracasado, por su dependencia para la renovación

anual de su financiamiento de una base fiscal suficiente y del voto aprobatorio por parte del Congreso de la Unión, que por su falta de experiencia en la democracia, ha demostrado en más de un caso su poca capacidad para sacrificar los intereses partidarios, a fin de resolver los problemas apremiantes del país.

Sin embargo, pese a que el seguro popular representa un esfuerzo por parte del Gobierno Federal, por abarcar más sectores poblacionales desprotegidos o faltos de Seguridad Social, este paquete no podrá ser universal en tanto no abarque la totalidad de la población; lo cual implica una nueva segmentación de esta entre los afiliados al Seguro Popular y los que no lo están, en particular la población indígena que radica en zonas muy alejadas de las instalaciones cubiertas por el Seguro Popular.

Por ello, las recomendaciones técnicas, financieras y actuariales necesarias aplicables, a fin de que no llegue a trastocarse el financiamiento gubernamental implícito en el pilar del seguro popular, resumiéndose en el otorgamiento de una protección adecuada, realizable, sostenible y robusta, a saber:

1. Adecuada. Que ayude a aliviar la pobreza y al reemplazo del gasto, de ser el caso.
2. Realizable. Se refiere a la capacidad financiera de los individuos y de la sociedad.
3. Sostenible. Que la solidez financiera del esquema esté garantizada hoy y en el futuro.
4. Robusta. Que tenga la capacidad de aguantar embates mayores, incluyendo aquellos que vienen de los riesgos económicos, demográficos y políticos.⁷

Actualmente es conocida la presente y creciente problemática financiera y económica que padecen la mayoría de los mexicanos desde hace poco más de diez años, aun cuando se tuvo un repunte en la tasa de empleo formal desde el 2000 que ha caído, provocando una alta tasa

7. HOLZMANN, ROBERT, *Soporte del ingreso de vejez en el siglo XXI: una perspectiva internacional de los sistemas y de las reformas*, Mayol Ediciones, Bogotá, 2005.

de desempleo, lo cual impacta en la economía de las familias y gastos de los hogares. Esta falta de ingresos repercute directamente en el ejercicio del gasto familiar, de tal forma que el porcentaje de sus ingresos destinados al cuidado de la salud es realmente escaso, en un 3%, según cifras de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH), 2002.⁸

Lo anterior en contravención a los trabajadores del sector formal tanto del Gobierno, como de las empresas privadas, toda vez que tanto ellos como sus dependientes económicos constituyen la población atendida por el ISSSTE y el IMSS, cubriéndoles aspectos relacionados con la salud, como: enfermedades profesionales y no profesionales, y la maternidad. En cambio, los que carecen de recurso, o bien, los que trabajan dentro del sector informal, se encuentran totalmente desprotegidos y por consiguiente conforman el grupo o sector propicio objeto del Seguro Popular de Salud.

El primer requisito inherente para que pudiese operar el Seguro Popular de Salud, como ya se dijo anteriormente, se procedió a llevar a cabo las reformas de ley pertinentes y que facilitaran tal operación, como fueron definir el sistema de protección social en salud, así como regular los convenios entre los municipios y los regímenes estatales de protección social en salud, además de los acuerdos de coordinación entre estos regímenes y la Comisión Nacional de Protección Social en Salud.

Entre los aspectos técnicos incorporados en el diseño y operación del Sistema del Seguro Popular de Salud encontramos:

- A. Modelo de financiamiento tripartito. A fin de que el sistema pueda ser realizable y sostenible y de no trastocar el financiamiento gubernamental implícito, se vale de una cuota social. el financiamiento tripartito se complementa con el pago de la cuota familiar que realiza el jefe del hogar y cuyo monto ha sido fijado de acuerdo a la distribución de los ingresos de la población, teniendo como ventaja el conteo por niveles de ingresos.

8. FORBES, ALEXANDER, *op. cit.*, p. 173.

- B. Regulación de derechos. Con esta acción se busca dar cumplimiento a los objetivos inmediatos mínimos definidos a nivel internacional dentro de los sistemas de asistencia pública: acceso de todos independientemente el nivel de ingresos, alto nivel de calidad de la asistencia, retos y cuestiones comunes propios de la operación, nuevas tecnologías y terapias, mejora del bienestar y de la información al paciente, envejecimiento demográfico, cuidados de larga duración, encontrar un equilibrio entre la calidad, necesidad de mejorar la contratación y formación del personal médico.
- C. Catálogo explícito de servicios médicos y medicamentos. Los cuales son cubiertos por medio de un fideicomiso de protección para gastos catastróficos, y la ampliación de coberturas.
- D. Creación del régimen no contributivo. Anteriormente se señaló que a través del modelo de financiamiento tripartito, tenían por finalidad que el jefe de familia aportara su cuota familiar, para que con ello pudiera tener derecho la protección asistencial del Seguro Popular de Salud, sin embargo con ello se deja fuera del sistema a los que nada tienen o tienen muy poco, haciéndose necesario el financiamiento por parte del Estado como benefactor, para con ello hacer adecuado y realizable el sistema.
- E. Otros aspectos. Lo que ofrece el Seguro Popular de Salud y la evaluación del presupuesto, refiere a la portabilidad del sistema, ya que actualmente el sistema considera la oportunidad de usar indistintamente los servicios del Seguro Popular de Salud –IMSS–ISSSTE, la afiliación y sus resultados, la aplicación de los recursos, la legitimación del seguro y el vehículo financiero hacia la universalización.

De tal manera que el Seguro Popular de Salud es un seguro público, voluntario, que ofrece un paquete explícito de servicios de salud, brindando protección financiera a la población que carece de Seguridad Social a través de la opción de aseguramiento público en materia de salud. El programa crea, además, una cultura de prepago en los beneficiarios y disminuye el número de familias que se empobrecen anualmente al en-

frentar gastos de salud. Con la reforma a la Ley General de Salud, el Seguro Popular de Salud dejó de ser un programa gubernamental y se convirtió en ley.⁹

Cabe hacer notar que el Seguro Popular de Salud implementado por el gobierno federal para los sectores no protegidos, resulta un tanto semejante respecto del Seguro de Salud para la Familia otorgado por el IMSS a través de la incorporación voluntaria al régimen obligatorio, a los sujetos de aseguramiento que contraten tal seguro, mediante el cual se les brindan las prestaciones en especie del seguro de enfermedades y maternidad del régimen obligatorio.

Entre los aspectos que se deben analizar en el Seguro Popular de Salud, destacan:

1. Cobertura y beneficios del Seguro Popular de Salud. Se dirige en todo el país a las personas de más bajos recursos, y a aquellas que no cuentan con un empleo o que trabajan por su cuenta. Los beneficiarios del Seguro Popular tienen derecho a recibir el tratamiento de las enfermedades incluidas en el *Catálogo Universal de Servicios de Salud (CAUSES)*, el cual cubre el 100% de los servicios médicos que se prestan en los centros de salud (primer nivel) y el 95% de las acciones hospitalarias (segundo nivel) y los medicamentos asociados.

Asimismo, tienen derecho a recibir el tratamiento de aquellas enfermedades incluidas en el Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos, entre las cuales se encuentran: cuidados intensivos neonatales, cáncer cérvico-uterino, tratamiento retroviral del VIH-SIDA, cáncer de mama, entre otras. La póliza del Seguro Popular de Salud cubre hasta ahora 255 intervenciones o servicios médicos y garantiza el surtimiento de 285 claves de medicamentos asociados al paquete de servicios.

En términos generales, ¿qué ofrece el Seguro Popular de Salud? Medicamentos gratuitos, póliza de derechos y credencial «Tu salud», portabilidad del Seguro Popular en 31 Estados de la Repú-

9. <http://www.presidencia.gob.mx/programas/?contenido=34635>.

blica Mexicana, un catálogo explícito de servicios de prevención y atención, un fideicomiso para enfermedades catastróficas, un sistema de atención para quejas e información, así como un centro de salud de referencia y red de hospitales del Seguro Popular.

2. Requisitos de participación del Seguro Popular de Salud. Los requisitos para afiliarse al Seguro Popular de Salud son los siguientes: no ser derechohabiente de la Seguridad Social (IMSS, ISSSTE, PEMEX, etc.) y solicitar su afiliación voluntariamente.
3. Sujetos protegidos. Podrán ingresar como sujetos de protección al Seguro Popular de Salud: los titulares de las familias, que pueden ser los cónyuges, la concubina y concubinario y el padre y/o la madre unidos o no en vínculo matrimonial. Asimismo los integrantes de la familia son: los hijos menores de edad, los menores de edad que formen parte del hogar y tengan parentesco de consanguinidad, los hijos solteros de hasta 25 años que prueben ser estudiantes, los hijos discapacitados dependientes, los ascendientes mayores directos mayores de 64 años, dependientes económicos que vivan en el mismo hogar. También se pueden afiliar voluntariamente las personas mayores de 18 años, de manera individual y pagando únicamente el equivalente al 50% de la cuota familiar que corresponda al nivel socioeconómico de su hogar.
4. Pasos a seguir para inscribirse en el Seguro Popular de Salud. Los interesados deberán solicitar su afiliación voluntariamente en los módulos de afiliación y orientación, y proporcionar la información para la evaluación socioeconómica, para lo cual deberán presentar copia y original de los siguientes documentos: comprobante de domicilio, CURP o documento oficial que la contenga, o en caso de no contar con ella, copia del acta de nacimiento de cada integrante de la familia, identificación oficial con fotografía del titular de la familia, en su caso cubrir la cuota familiar, constancia de estudios de los hijos de entre 18 y 25 años de edad que acredite que se encuentran cursando estudios de educación media o superior, o en su caso, documento que contenga el número de folio de beneficiario de algún programa de combate a la pobreza extrema

del Gobierno Federal. Cabe caracterizar al Seguro Popular de Salud por la afiliación del o la jefa de familia mediante la que quedan asegurados todos los integrantes. Dependiendo de su ingreso, pagan una cuota anual, en caso de ser muy escasos los recursos económicos, no pagan nada. Con ello las familias afiliadas reciben la póliza de afiliación, en la que se indican: el titular, los integrantes beneficiarios, el periodo de validez, la cuota familiar anual y la unidad médica que les corresponde. Asimismo, reciben la credencial Tusalud, que los identifica como beneficiarios del Seguro Popular.

5. Recursos destinados para el Seguro Popular de Salud. En 2008 el presupuesto para el Seguro Popular fue de 37.000 millones de pesos, tales recursos fueron destinados a garantizar la atención y prestación de los servicios de salud ofrecidos a la población beneficiaria. También se ocupan para financiar el desarrollo de infraestructura médica para atención primaria y de especialidades en zonas de mayor marginación social y la cobertura de las diferencias imprevistas en la demanda de servicios esenciales por cuanto hace al nivel estatal. La inversión que pretende realizar durante el sexenio de Vicente Fox fue de un total de 48.000 millones de pesos, tanto para fortalecimiento de infraestructura, los hospitales de alta especialidad, las unidades de especialidad médica (UNEMES) y la conservación y mantenimiento.
6. Logros, avances y actualizaciones del programa. Al concluir el año 2005, la cifra de beneficiarios aumentó a 3.555.977 familias en todo el país, es decir, que el programa ya se encontraba funcionando en las 31 entidades federativas y el Distrito Federal. Al cierre del 2006, el Seguro Popular cubría ya a 5 millones de familias en todo el país. Este proceso inició en las zonas más marginadas del país, y a la fecha poco más del 90% de los beneficiarios no pagó cuota alguna para afiliarse. Al cierre de 2007, 7.293.541 familias se afiliaron al Sistema de Protección Social en Salud (SPSS), esto significa un incremento del 43% respecto a 2006, y el 91.4% de los usuarios solicitó su reafiliación. Para el año 2010 se esperaba cubrir a toda la población sin seguridad en materia de

salud en nuestro país con el Seguro Popular y también a través del Seguro Médico para una Nueva Generación.

Entre los principales seguros populares, distintos del Seguro Popular de Salud implementados de forma inicial por el Gobierno del Distrito Federal, y retomados tanto a nivel federal como por otras entidades federativas encontramos: el Seguro Popular de Pensión Alimentaria para los Adultos Mayores de 70 años de edad, el Seguro de Nacimiento (denominado así en el Distrito Federal), aunque en el orden Federal se le conoce como «Seguro Médico para una Nueva Generación», el Seguro de Apoyo a las Madres Solteras, entre otros. Aspecto del cual se puede visualizar que como bandera política, actualmente es tomado por algunos candidatos a la gubernatura de los Estados, tal es el caso de Eruviel Ávila Villegas, candidato por el PRI a la gobernación del Estado de México durante el periodo 2011-2017. Ello sin dejar de lado la tendencia hacia su universalización que presenta el Seguro Popular de Salud, como parte de la agenda política de nuestro actual presidente Felipe Calderón Hinojosa, a fin de dar estricto cumplimiento al derecho fundamental de la salud contenido en los términos del artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, misma que ha sido criticada por las fuertes limitaciones financieras, económicas y funcionales que presenta para su implementación y regulación. Asimismo por la limitación tan cerrada que tiene para el caso de su acceso a un determinado sector poblacional, pues recordemos que va dirigida a grupos económicamente marginados y que no pertenezcan a ningún otro esquema de seguridad social o de salud, lo cual desde luego rompe con el principio de universalización.

VI. REFORMA A LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA Y EL NUEVO RÉGIMEN DE PENSIONES

En estas últimas décadas la mitad de la mano de obra que desempeña en el conjunto de los sectores secundario y terciario lo hacen a través del sector informal de la economía nacional, lo cual representa una pérdida del 40% en contra de las inversiones en los esquemas de Seguridad Social.

La precariedad de la ocupación, las características propias de la informalidad debido a su baja productividad, limitan el crecimiento del PIB nacional, y por ende, la generación de nuevos empleos, además de causar una merma en los ingresos familiares, trayendo consigo la incorporación a la fuerza de trabajo de otros miembros en los hogares y minimizar cualquier posibilidad de ahorro, lo anterior no sólo ha puesto en riesgo los activos familiares ante erogaciones imprevistas, sino que a su vez ha conllevado a evitar la acumulación de recursos que permitan sobrellevar dignamente la vejez.

Lo anterior aún es más alarmante ya que más de la mitad de los hombres y una cuarta parte de las mujeres dejan un empleo con todas las prerrogativas de Seguridad Social, para emplearse en uno carente de ello. Por lo cual a futuro, si las tasas de transición entre la actividad formal, la actividad informal y la inactividad se mantienen invariables a lo largo de la primera mitad de este siglo, la evolución de los trabajadores que cotizan en los distintos sistemas de Seguridad Social se vendrá a pique.

De lo anterior se deduce que las bajas proporciones de los trabajadores que cotizan en los sistemas de Seguridad Social, se ven acompañadas por escasos años de aportaciones a los planes de pensiones, y eventualmente, por la constitución de un fondo insuficiente para contratar una renta vitalicia con aras de solventar una vejez digna, lo cual proviene de las esperanzas de vida activa de los mismos trabajadores, ya que uno de los fenómenos que se asocian al avance de la transición demográfica de nuestro país es el rápido incremento de la población de adultos mayores por un lado, y el declive de la mortalidad, dando origen a un aumento progresivo de la esperanza de vida, y en consecuencia, el

número de personas que llegan a edades avanzadas es cada vez mayor. Por el otro, un continuo y creciente *descenso de la fecundidad* se refleja en una cantidad menor de nacimientos y en la reducción de porcentajes de infantes y jóvenes. A todo ello habrá que adicionarle, además, una creciente migración internacional, lo que ocasionará como consecuencia un incremento en los porcentajes de personas de 60 años o más, repercutiendo ello en los aspectos de pensiones por jubilación.

VI.1. Contextualización de las reformas nacionales a los esquemas de pensiones y de salud pública en México

México, entre los años de 1980 y 1999, atravesó tres grandes sacudidas financieras, a la par de transformaciones económicas, lo cual implicó el debilitamiento del Partido de Estado (PRI), la caída vertical del sindicalismo oficial y el surgimiento de la oposición política (PAN), todo ello aunado por un lado a las crisis de las bases financieras y sistemas de relaciones humanas en los sistemas de salud y Seguridad Social, y por otro lado las nuevas tendencias neoliberales y de globalización de las economías mundiales vinieron a transformar la noción de la salud pública y los regímenes de Seguridad Social.

De tal manera que desde el contexto económico, diversas fueron las causas que empujaron a México a una crisis. Partiendo porque la agricultura pierde su facultad de sostener el desarrollo industrial, estallando con la baja abrupta del precio internacional del petróleo mexicano, lo que conllevó a México a declarar la moratoria de los intereses de su deuda, así como a que los bancos internacionales suspendieran toda clase de préstamos al Gobierno mexicano. Para 1982, el Gobierno nacional introduce un programa inmediato de reordenamiento económico, a través del cual se establecía un plan de reestabilización de tres años supervisado por el Fondo Monetario Internacional (FMI), identificándose cuatro factores culpables: la ineficacia del sistema productivo, la generación insuficiente y el uso irracional de divisas extranjeras, la escasez del ahorro interno, así como las desigualdades sociales generadas por el proceso de crecimiento.

A cambio de obtener un préstamo para cubrir su deuda externa, el Estado mexicano se comprometió a reducir el déficit público a un 8.5% de su PIB para 1983, de 5.5% para 1984 y de 3.5% para 1985. Tal reducción solo podía lograrse a través del incremento de los impuestos y del precio de los servicios públicos, aunque desde luego ambas medidas resultaron inflacionarias, propiciando una nueva ola de fuga de capitales, todo ello aunado a la tragedia del terremoto de 1985.

No fue hasta 1987, con el llamado «Pacto de Solidaridad Económica» (más adelante llamado «Pacto de Estabilización y Crecimiento Económico» (PECE)), concertado por el Gobierno mexicano con la iniciativa privada para mantener los precios fijos, se obtuvo que la inflación se detuviera y posteriormente bajara. De lo cual es conocido que durante todo ese periodo las instituciones de salud en México sufrieran una baja muy considerable en el nivel real de los salarios y un grave deterioro en el equipamiento.

Con la llegada de Carlos Salinas de Gortari al gobierno de México, entre 1988 y 1994, la inflación se había abatido considerablemente, declarándose el PECE un éxito. Aunque la estrategia económica del presidente Salinas de Gortari se concentró en reorientar la economía hacia el exterior y generar ahorros presupuestarios. Para ello, renegoció la deuda externa, concertó la firma del Tratado de Libre Comercio con América Latina y el Norte (TLCAN) entre México, Estados Unidos y Canadá (a finales de 1993 y entró en vigor en 1994), además vendió empresas estatales y reprivatizó los bancos que se habían nacionalizado en 1982.

Pero como era de esperarse el *milagro neoliberal salinista* fue transitorio, toda vez que al abrir las fronteras había llevado a una acelerada explosión de importaciones, que a pesar de las diversas medidas deflacionarias en cuanto a niveles de salarios no lograron contrarrestar la situación, por lo que muchas empresas cerraron, incrementó el desempleo, además de que el 1° de enero de 1994 estalló la Rebelión Zapatista en Chiapas, acrecentándose aún más el miedo a la desestabilización por el asesinato en marzo de 1994 del aquel entonces candidato a la Presidencia de la República por el PRI, Luis Donaldo Colosio.

Para abatir tal crisis la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) emitió instrumentos de captación de dinero de corto plazo llamados

«tesobonos», cuyo valor era garantizado por el Banco de México contra la posibilidad de pérdidas por trastornos cambiarios.

A la entrada del presidente Ernesto Zedillo un incremento en la banda de flotación del peso produjo como consecuencia el llamado «error de diciembre», trayendo consigo un pánico financiero. Esta segunda sacudida financiera llevó al Gobierno mexicano a solicitar un rescate por parte de las instituciones financieras internacionales (BM y FMI) y a anunciar un nuevo programa de emergencia llamado «Unidad para Superar la Emergencia Económica». Aunque cabe mencionar que en este rescate no fueron contemplados los 60 millones de pobres, ni los deudores privados (detentores de prestamos hipotecarios y tarjetas de crédito), quedando atrapados ante el alza de las tasas de interés.

La tercera sacudida financiera, se origina en 1998 con la quiebra del Fondo Bancario de Protección del Ahorro (FOBAPROA), la factura del quebranto se estimaba en 66.63 millones de dólares, para ser pagada por toda una generación de causantes mexicanos, aunque la Firma Estándar & Proctors estimó esta cantidad en 88.4 millones de dólares.

Respecto del contexto político, los analistas identifican que la transición democrática mexicana se gesta a través del pluralismo político iniciado con el movimiento estudiantil del Tlatelolco de 1968. Posteriormente, entre los sexenios de López Portillo (1976-1982) y de Miguel de la Madrid (1982-1988) se presenció el nacimiento de las llamadas «coordinadoras», que sirvieron como organizaciones de enlace de las acciones de varios movimientos populares. (CNTE: Coordinadora Nacional de Trabajadores de la Educación, CONAMUP: Coordinadora de los Movimientos Populares Urbanos).

Además surge a lo largo del sexenio de Miguel de la Madrid, un nuevo protagonista del centro izquierda llamado «Frente Democrático Nacional» (FDN), encabezado por Cuauhtémoc Cárdenas, transformándose más adelante en el Partido de la Revolución Democrática (PRD).

En 1988 se da una oposición electoral directa y masiva ante las elecciones populares para la elección del presidente de la República Mexicana, quedando como titular del Ejecutivo Federal Carlos Salinas de Gortari, a pesar del supuesto fraude electoral causado. Durante su sexenio puso en marcha el *Programa Nacional de Solidaridad (PRONASOL)*,

que focalizó a los grupos considerados políticamente vulnerables, aunque el único componente de PRONASOL que se constituyó con una amplia cobertura y no se basó en estrategias electorales fue el de la salud, heredado del Programa IMSS – COPLAMAR creado a finales de los años setenta para ofrecer atención primaria a la población marginada no cubierta por la red de centros de salud, de la llamada entonces «Secretaría de Salud y Asistencia». A finales de 1994, reconsolidada la hegemonía del PRI como un partido sentado sobre nuevas bases y apaciguadas las protestas populares, la rebelión zapatista, el asesinato de Luis Donaldo Colosio y el «Error de diciembre», echaron abajo tales estrategias, hundiendo al país en una nueva recesión. Con lo cual, el proceso político durante los años de 1994 y 1999 no mostró grandes cambios y las entidades federativas sufrieron la gran descentralización administrativa y fiscal, así como la presencia de mejores garantías de transparencia en las elecciones dando inicio a una dinamización política.

Finalmente el sexenio de Vicente Fox (2000-2006), a pesar de representar electoralmente la prueba de fuego del logro de una transición democrática, fue institucionalmente un sexenio de continuidad, pero también de inmovilismo político, debido a las diferencias entre partidos y las cámaras, las cuales aún no habían madurado al avance de la democracia, paralizando la capacidad de acción de un equipo gubernamental poco experimentado en la práctica de negociar. Aunque también fue un sexenio de innovación en materia de salud pública, por lo que hace a la implementación, reglamentación y federalización del Seguro Popular de Salud.

En el contexto social, ligado a los aspectos políticos y económicos antes citados, la pobreza y desigualdades se hicieron crecientes; y los efectos de las repetidas crisis económicas fueron amortiguados a través de las estrategias adoptadas por las mismas familias mexicanas para contrarrestar y defenderse contra las pérdidas en salarios reales, la carestía y el desempleo crecientes. Durante estos años los hogares compensaron con fuerza de trabajo adicional la baja en el empleo y en los salarios, lo cual significó un aumento desmesurado en la proporción de la población económicamente activa (PEA) en el mercado informal pasando del 1.1% en 1982 al 19.4% en 1990, y acercándose a un 30% para

1999, concentrándose en dicho mercado la fuerza de trabajo femenil e infantil, con los salarios más bajos.

Para 1994 la desigualdad se incrementó, en la medida en que los grupos de bajos ingresos ya no encontraron soluciones para generar nuevos ingresos, y las actividades económicas de alta productividad no ocuparon una alta proporción de la fuerza de trabajo.

VI.2. Bases institucionales de las reformas

Las reformas del Sector Salud Mexicano fueron llevadas a cabo en condiciones institucionales no discutidas, primeramente, como consecuencia de la fragmentación interna del sector salud, asociada a fuertes inequidades y a intentos de una integración real, siendo consecuencia del actual estado de bienestar, que se basó en un proceso de incorporación por etapas de diversos grupos ocupacionales a los beneficios de la Seguridad Social. En segundo lugar, derivado de vicios internos, como la cobertura desigual entre áreas urbanas y rurales, la escasez de mecanismos de atención o las insuficientes capacidades de gestión hacia diferentes niveles de jerarquía. Finalmente cabe recordar, que por lo que hace a la Secretaría de Salud en México, aunque es titular de la materia, en la práctica nunca ha podido llevar a cabo tal función de manera autónoma, toda vez que les delega a los distintos sistemas de Seguridad Social, el cumplimiento del derecho a la salud. Por tanto, a pesar de que la nueva ley de salud pública de 1984 declara la existencia de un Sistema Nacional de Salud, la práctica real diaria nos sigue mostrando un sector fuertemente dividido, lo cual trae como consecuencia la inexistencia hasta ahora de un sistema nacional de pensiones, a través del cual se abarquen a todos los sectores poblacionales, y se apliquen los mismos beneficios por igual.

VII. REGÍMENES DE PENSIONES ANTE LAS REALIDADES MUNDIALES ACTUALES

La Seguridad Social se circunscribe al concepto de «estado benefactor», es decir, el que realiza actividades en campos como el otorgamiento de beneficios monetarios, los cuidados de la salud, la educación, la alimentación, la protección contra el desempleo, el otorgamiento de vivienda y otros beneficios de bienestar general. De tal forma que generalmente el Estado es quien crea, regula y administra estos sistemas de protección, aunque según la experiencia reciente esta última función se delega en algunos supuestos a sector privado.

Desde el contexto de la globalización, la Seguridad Social es la principal herramienta para moderar desigualdades sociales, alcanzar y conservar niveles de bienestar relativo, mismo que se encuentra en constante evolución y adaptación. Por ello, a partir de la década de los noventa, derivado de la insolvencia financiera, muchos países se han visto obligados a aminorar los beneficios que ofertaban sus sistemas públicos de pensiones, y hasta en muchos de los casos se ha llegado a la privatización de los mismos, dejando de lado los intereses de los trabajadores y demás sujetos derechohabientes de los distintos esquemas de Seguridad Social, para el caso específico de algunos países de América Latina.

Por lo que los países de la Unión Europea y Estados Unidos, que han alcanzado una madurez, derivada de su madurez financiera y una relativa estabilidad demográfica y económica, han mantenido sus sistemas de beneficio definido, aunque aun con ello han tenido la necesidad de llevar a cabo algunos ajustes sobre todo en aspectos como: las edades de retiro, años de cotización, aportes o beneficios para amortiguar sus respectivos déficits, recurriendo en algunos casos a cuentas individuales privadas a manera de ahorro voluntario y complementario de jubilación, situación alentada por la misma Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM).

No obstante, el principal objetivo de las reformas a los distintos esquemas de Seguridad Social desde el contexto mundial es asegurar el sostenimiento de los regímenes de pensiones, mediante la reducción de

la actuación del sector público y el fortalecimiento de la previsión privada.

Bajo esta tesis, por lo que respecta a América Latina y el Caribe, desde la primera mitad del siglo xx se ha venido legislando en materia de Seguridad Social, y aún más en concreto en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Al igual que en México, los conceptos relevantes de la Seguridad Social quedaron plasmados en las constituciones políticas a manera de derechos fundamentales, y de forma específica en la parte dogmática de nuestra Constitución Federal en su artículo 4, párrafos cuarto, quinto y sexto en lo referente al sistema de salud, y el artículo 123°, apartado A), fracciones xiv y xv, y apartado B), fracción xi respecto de los esquemas o sistemas de Seguridad Social de los trabajadores del sector privado y público respectivamente. Cabe hacer notar que una constante en la región se constituyó a través de la adopción de sistemas de cobertura reducida, los cuales distan del concepto de la universalidad como principio que sustenta a la Seguridad Social como tal.

Un aspecto importante que cabe abordar se refiere al seguro de desempleo, que para el caso específico de México no funciona como tal, toda vez que en base a lo establecido por la Ley del Seguro Social en el artículo 191, fracción II, establece que:

Durante el tiempo en que el trabajador deje de estar sujeto a una relación laboral, tendrá derecho a:

I. [...]

II. Retirar de su Subcuenta de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez la cantidad que resulte menor entre setenta y cinco días de su propio Salario Base de Cotización de las últimas doscientas cincuenta semanas o el diez por ciento de la propia subcuenta, a partir del cuadragésimo sexto día contado desde el día en que quedó desempleado.

El derecho consignado en esta fracción, solo podrán ejercerlo aquellos trabajadores, que acrediten con los estados de cuenta correspondientes, no haber efectuado retiros durante los cinco años inmediatos anteriores a la fecha citada. El trabajador deberá presentar la solicitud correspondiente.

Todo lo anterior, sin dejar a dudas que casi todos los países de América Latina y el Caribe otorgan prestaciones para el retiro por vejez, para

invalidez y vida, por riesgos de trabajo y por enfermedades y maternidad.

En los años noventa, las reformas a los esquemas de pensiones se incrementaron y se orientaron principalmente hacia el manejo de los fondos y hacia las cuentas individuales. Todo ello originado de los cambios significativos en la economía y en el mercado laboral, incentivados por los procesos de globalización y de integración de las economías; además los cambios en la estructura demográfica y la transición epidemiológica en distintos países, es el caso de México, obligándose a los Gobiernos a revisar los instrumentos de política social para enfrentar problemas como el desempleo, la caída de los salarios, el incremento de la economía informal y los déficits económicos de operación, todos ellos conjuntamente con los problemas de educación, salud, población no cubierta, seguridad pública, urbanización, etc.

Cabe hacer notar que en los países latinoamericanos la migración hacia los sistemas de cuentas individuales ha tenido como antecedente la experiencia chilena, país que optó por la privatización integral en 1981. Derivado de ello México no se hizo esperar y llevó a cabo tales cambios.

Es el caso del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) en 1997 y del Sistema de Ahorro para el Retiro (SAR) en 1992, a través del cual se privatizó e individualizó el sistema de pensiones de los trabajadores del sector privado, por medio de la implantación de los sistemas de capitalización individual, con los cuales se esperaba que la economía mexicana tuviese una mayor autonomía con respecto a las inversiones externas de corto plazo, así como crear un instrumento de captación del ahorro nacional confiable para ser canalizado por los bancos nuevamente privatizados. Los componentes de la nueva ley del seguro social fueron:

Lss de 1973	Lss de 1997
1. Enfermedades y maternidad	1. Enfermedades y maternidad
2. Invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte	2. Invalidez y vida
3. Riesgos de trabajo	3. Riesgos de trabajo
4. Guarderías	4. Guarderías y prestaciones sociales
5. Sistemas de ahorro para el retiro	5. Retiro, cesantía en edad avanzada y vejez

Además de la reforma a la ley del ISSSTE llevada a cabo en el 2007, bajo la misma vertiente, solo que dirigida hacia los trabajadores al servicios del Estado, así como la creación de un Fondo Nacional de Pensiones al Servicio del Estado (PENSIONISSSTE).

Sin embargo, por considerar intereses y factores netamente políticos, en la mayoría de los casos de las reformas no se han alcanzado los objetivos que de forma original se venían planteando. De ahí que tales cambios no han logrado ser integrales, ni mucho menos radicales, quedándose lejos en su capacidad de solución estructural de los problemas financieros y económicos que constituyen los pasivos actuariales, lo cual conllevó al surgimiento de nuevos y posteriores problemas que de la misma requerirán ser solventados.

A todo lo anterior, la problemática estriba hoy por hoy, primeramente en los nuevos paradigmas, retos y perspectivas de los sistemas de pensiones, toda vez que la reciente proliferación de reformas en materia de Seguridad Social, sobre todo las que promueven la administración privada de cuentas de ahorro individual, representa una importante transformación de los sistemas públicos de pensiones, lo cual tiene repercusiones considerables para la política económica y social de nuestro país.

En este sentido, tales reformas replantean la función desempeñada por el Estado en el financiamiento y en el otorgamiento de las pensiones, no suponiendo que el Estado abandone su papel de garante supremo de

la protección social. En realidad el Estado seguirá garantizando y supervisando el funcionamiento de la Seguridad Social.

Es preciso señalar que la globalización y la internacionalización de las economías del mundo han influido de manera importante en las decisiones tomadas por los gobiernos, bajo presión de las fuerzas de mercado, para suprimir las trabas que obstaculizan el comercio internacional y los movimientos de capitales, de tal suerte que al disminuir las barreras se ha creado un contexto económico internacional de mayor competitividad, de ahí que los gobiernos tengan que fortalecer sus economías, para no ser desplazados a otras regiones. En la lógica de la búsqueda de esa racionalidad se han ubicado las prestaciones de retiro por vejez, habida cuenta que el contexto actual de extrema competitividad económica, combinado con las transiciones demográficas y epidemiológicas y con el incremento de las expectativas de vida de la población, plantean un panorama totalmente distinto del que prevalecía cuando los sistemas de Seguridad Social fueron diseñados.

De ahí que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señale en términos generales una propuesta para los países en desarrollo consistente en establecer modelos de pensiones de tres pilares:

- A. En donde el primer pilar, con carácter de obligatorio y prioritario, consiste en garantizar una pensión de subsistencia con carácter universal, con base en la necesidad, administrado por el Estado mediante el sistema de reparto y financiado a través de impuestos.
- B. Un segundo pilar, también obligatorio, y de igual forma administrado por el sistema público, el cual debe expandir su cobertura poblacional, ser unificado y ofrecer beneficios definidos, preferentemente con base en la capitalización parcial con aportaciones de asegurados y empleadores, en el que el Estado debe garantizar una pensión adecuada.
- C. Un tercer, y último pilar voluntario, pero regulado por el Estado, debe ofrecer pensiones complementarias y debe tener por base

contribuciones definidas, ya sean individuales, de empleadores o ambas.¹⁰

A su vez el Banco Mundial (BM) se pronuncia a favor del modelo de pilares múltiples, a fin de hacer frente de mejor manera a los riesgos previstos en el diseño de los sistemas de pensiones, de esta forma el financiamiento anticipado y las inversiones orientadas al mercado son consideradas como elementos claves en casi la mayoría de las reformas, aunque los límites del financiamiento dependen en gran medida de las políticas económicas e inflacionarias de cada país.

De manera textual, el documento del Banco Mundial (BM) establece:

La estructura de pilares múltiples se encuentra constituida por una combinación de cinco elementos básicos:

- a) Un pilar cero o no contributivo (en forma de renta básica o pensión social) que proporcione un nivel mínimo de protección.
- b) Un sistema contributivo de primer pilar, que esté vinculado a diversos niveles de ingresos y busque reemplazar parte de los mismos.
- c) Un segundo pilar obligatorio, que sería esencialmente una cuenta de ahorro individual, pero que podría establecerse de distintas maneras.
- d) Un tercer pilar voluntario consistente en acuerdos que pueden adoptar muchas formas (individuales, patrocinados por el empleador, prestación concreta, cotización definida), pero que son básicamente flexibles y de carácter discrecional, y
- e) Fuentes extraoficiales intrafamiliares o intergeneracionales de ayuda financiera y no financiera a las personas de edad, incluido el acceso a la asistencia sanitaria y a la vivienda.¹¹

Otro aspecto importante que cabe señalar parte de entre los principales objetivos de la Seguridad Social, mismos que tienen que ver con la reducción de la pobreza, con la eliminación del riesgo de una fuerte disminución en el nivel de vida tras el retiro de la actividad productiva

10. <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>.

11. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/>.

y con proteger a los ancianos vulnerables contra crisis económicas y sociales. Ante tal situación el desafío siempre latente en su proceso evolutivo lo constituye su cobertura, es decir, lograr alcanzar la protección de un mayor número de personas, a través de mejores esquemas de aseguramiento. De tal manera que la cobertura de los sistemas pensionarios, entendida esta como la población protegida, ya sea en términos absolutos o relativos, tiene una connotación demográfica que para ser completa debe incorporar elementos analíticos y económicos, como los de la calidad y de monto del beneficio.

De acuerdo a un estudio llevado a cabo por la OIT titulado «Extendiendo la Seguridad Social: políticas para los países de desarrollo», la cobertura en la Seguridad Social comprende garantizar el acceso a los servicios de salud y asegurar un ingreso básico a la persona en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidente laboral, maternidad o ante la pérdida del sostén familiar». ¹²

Tal estudio permite poner en tela de juicio el desafío de la cobertura en general, y de los esquemas pensionarios en particular, ya que las estimaciones de la OIT revelan que:

- Solo el 20% de la población mundial tiene una Seguridad Social adecuada.
- Más de la mitad de la población mundial no cuenta con Seguridad Social.
- En los países menos desarrollados, menos del 10% de la población que trabaja está cubierta.
- En los países de ingreso medio, la cobertura generalmente alcanza a entre 20% y 60% de la población, mientras que en naciones desarrolladas se acerca al 100%. ¹³

Ante tal contexto, es demostrable que la población de edad avanzada está aumentando con rapidez a nivel mundial como consecuencia del aumento en la mayor esperanza de vida y de la disminución de la tasa de fertilidad, dando lugar a un crecimiento constante de la edad media

12. <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>.

13. GINNEREN, WOUTERS VAN. *Extendiendo la Seguridad Social*, núm. 13, 2003.

de la población mundial, a un aumento de personas mayores de 65 años, a un incremento más acentuado del número de personas de 85 años o más y a una relación creciente entre el número de personas mayores y la población de edad de trabajar, es decir de 15 a 64 años.

VIII. REALIDAD JURÍDICA ACTUAL DEL RÉGIMEN DE PENSIONES Y JUBILACIONES EN EL ENTORNO MEXICANO

Como en la mayoría de los países, las crisis por las que atraviesa la Seguridad Social ha sido generada por el incremento en la esperanza de vida, el estancamiento de la edad de cotización y el desfinanciamiento de los sistemas, aspectos que desde luego han rebasado a México en lo general, y en particular a cada una de las instituciones encargadas de cubrir algunos esquemas de pensiones.

Ante tal situación, se ha pretendido que a todas y cada una de estas instituciones de Seguridad Social se vayan incorporando cada vez un mayor número de personas (crecimiento horizontal), así como de beneficios y de seguros (crecimiento vertical). Ya que mientras que el IMSS en los años cincuenta atendía a 1.11 millones de personas, hoy en día ampara casi a un total de 47 millones de derechohabientes. Por su parte el ISSSTE atendía en 1960 a 487.000 personas, sin embargo en nuestros días protege a 10.5 millones de derechohabientes. En este sentido, ambas son las dos instituciones nacionales de mayor importancia y cobertura por lo que hace a los sistemas de Seguridad Social en México. En materia de retiro para la vejez, invalidez y sobrevivencia las citadas instituciones cubren un 35% por ciento de la población económicamente activa (PEA), en tanto que el otro 5% es atendido a través de otros regímenes públicos especiales, tales como: Petróleos Mexicanos (PEMEX), el propio IMSS como entidad de Seguridad Social de sus trabajadores sindicalizados, los estados, municipios y universidades a través de sus propios sistemas, como es el caso del Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios (ISSEM YM), el cual atiende a los servidores públicos del Estado de México y municipios; la Comisión Federal

de Electricidad (CFE) y la extinguida Compañía de Luz y Fuerza del Centro (LyFC), así como el Servicio Exterior Mexicano.

Sin embargo, es notorio que algo que ha contribuido al fracaso e inestabilidad de los sistemas pensionarios en México, es causa de la visible fragmentación por la existencia de instituciones diversas cada una con regímenes específicos, lo que ocasiona efectos en contra ante la posible conformación de un sistema nacional de pensiones. Ejemplo claro de ello se hace presente, ya que en casi todos los esquemas se otorgan pensiones por antigüedad cuando el trabajador alcanza entre 25 y 35 años de servicio, pero sin un adecuado financiamiento, mientras que el IMSS otorga una pensión a un trabajador cuando cumple en promedio 24 años de servicio con 60 de edad, equivaliendo el monto de dicha pensión a un cien por ciento del sueldo regulador devengado por el trabajador en la etapa final de su vida laboral. Al enlazar el retiro a los años de servicio y no a la edad, como debiese hacerse, en la mayoría de los casos cae en el otorgamiento de pensiones en edades productivas, lo cual se opone al espíritu de la Seguridad Social y que por cuanto hace al aspecto financiero tiende a agotar a los sistemas.

Otra dificultad importante surge de los mismos convenios de portabilidad y/o transferencia de derechos, ya que solamente operan entre instituciones de Seguridad Social de naturaleza federal, tales como el IMSS y el ISSSTE haciendo de lado a las instituciones de Seguridad Social estatales y municipales, o bien de otra naturaleza semejante, lo que pone al descubierto que los trabajadores que se encuentren inscritos ante estos últimos sistemas estatales y/o municipales de Seguridad Social jamás podrán trasladar los fondos de retiro de sus cuentas individuales a sistemas federales de Seguridad Social al momento de causar baja en los primeros, y alta en los segundos, conllevando a que el trabajador asegurado se vea en la necesidad de retirar tales fondos y obviamente ver cómo los años de servicio se van al vacío, o bien seguir aportando de manera individual, a efecto de poder ser pensionado con posterioridad. Lo anterior demuestra que a pesar de que el IMSS y el ISSSTE protegen a sectores totalmente diferentes, con los convenios de portabilidad y/o transferencia de derechos, no es posible hasta nuestros días que México llegue a la creación o unificación de un sistema nacional de pensiones, el proble-

ma estribará en la forma en cómo se unificarán los sistemas federales, estatales y municipales vigentes.

De ahí que toda reforma a los sistemas de pensiones es resultado de un amplio y complejo proceso de transformación que obedece tanto a factores nacionales como mundiales. En ese sentido, por lo que toca a México, se han llevado a cabo reformas a algunos esquemas de Seguridad Social, tanto a nivel nacional como estatal, siendo las más importantes las reformas a la Ley del Seguro Social entre los años de 1992 y 1995 y aplicadas a mediados de 1997 y del año 2000, así como la reforma a la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) llevada a cabo en el 2007, y por qué no citar la reforma a la Ley del Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios (ISSEMYM) en el 2002.

Aunque de manera resumida las características principales de la reforma al seguro de invalidez, vida, cesantía y muerte que sufrió la Ley del Seguro Social entre los años de 1995 y 1997 estriban en:

1. El sistema de cambio de beneficio definido financiado a través de un sistema de reparto a una de aportación definida soportado por cuentas individuales a través de Administradoras de Fondos para el Retiro (Afore). Debido a estas reformas las cotizaciones del trabajador se depositan en una cuenta a su nombre en una Afore elegida por él, en su mayoría de naturaleza privada. Los fondos acumulados en esas cuentas se invierten, y junto con los intereses devengados, se devuelven al trabajador a partir de la edad jubilatoria o, en su caso a sus beneficiarios, todo ello a través de la contratación de un seguro de renta vitalicia o bien de un seguro de sobrevivencia.
2. También se incluyó el concepto de pensión mínima garantizada, la cual opera cuando el trabajador cotizó 1.250 semanas o más. Al amparo de este concepto en caso de que el saldo de la cuenta individual del trabajador no cubra el monto de la pensión mínima el Estado aportará la diferencia con recursos presupuestarios.

3. Bajo este último rubro se permite la pensión anticipada, siempre y cuando el trabajador reúna como mínimo el 30% de las cotizaciones requeridas (es decir el 30% de las 1.250 cotizaciones semanales que se requieren).
4. Así mismo en el nuevo esquema se previó la posibilidad de que el trabajador realice aportes voluntarios a su cuenta, lo cual le permitirá incrementar su saldo.

Aunque algo que ha quedado pendiente en la agenda del Gobierno Federal ha sido reformar el régimen de jubilaciones y pensiones de los mismos trabajadores al servicio del IMSS, que es el Sistema de Pensiones que por contrato colectivo el IMSS otorga a sus propios trabajadores sindicalizados.

Por su parte la nueva Ley del ISSSTE publicada el 31 de marzo de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación* presenta las siguientes características:

1. Una nueva estructura al reducir de 21 seguros y prestaciones a 4 seguros (salud, riesgos de trabajo, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, e invalidez y vida), más prestaciones y servicios que estarán en función de la capacidad financiera del instituto.
2. En el rubro de pensiones se sustituyó el sistema de reparto (beneficios definidos) por el de capitalización individual (contribuciones definidas). todas ellas orientadas hacia la capitalización individual o al carácter mixto complementario de reparto.
3. Así mismo, se establece la creación del Fondo Nacional de Pensiones al Servicio del Estado (PENSIONISSSTE).
4. De igual forma se fijan criterios para la portabilidad y transferencia de derechos con el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).
5. En materia de salud se separa la prestación de los servicios médicos, el financiamiento de la salud de los jubilados y pensionados respecto de los trabajadores en activo.

6. Finalmente, se plantean apoyos extraordinarios provenientes de recursos públicos federales destinados a servicios públicos, préstamos personales e hipotecarios.

Dado que los procesos de maduración de las reformas de pensiones llevadas a cabo a la Ley del Seguro Social y a la Ley del ISSSTE son dilatados, sus resultados serán visibles a muy largo plazo, ya que aún falta tiempo para que las nuevas generaciones de trabajadores se jubilen bajo estos nuevos esquemas, y con ello poder determinar las debilidades y fortalezas de las mismas. En la práctica diaria, por lo que hace a la pensión mínima garantizada, que preserva el elemento redistributivo y solidario, disuade las aportaciones voluntarias y fomenta el aumento de mayores riesgos en la inversión de los fondos.

Asimismo tampoco se visualiza la posibilidad de que el nuevo esquema resuelva el problema de inequidad para la mujer en el mercado de trabajo. Debiendo considerar que la pensión mínima garantizada resulta un tanto regresiva para las mujeres, ya que estas algunas veces se ven en la necesidad de dejar el trabajo para ocuparse de los hijos, o bien cobran salarios más bajos, y en su caso se retiran antes de que concluya su vida laboral, o bien las mismas legislaciones de Seguridad Social prevén un menor número de años cotizados para el caso del género femenino. Todo lo anterior da paso a que las mujeres acumulen menores saldos, obtengan menores tasas de reemplazo o simplemente que no reúnan los requisitos necesarios para obtener una pensión mínima garantizada, a pesar de que se ha demostrado viven más que los hombres.

Bajo esta perspectiva, la mayoría de los sistemas de pensiones que operan en México fueron planeados bajo la idea de un equilibrio intergeneracional, las cuales daban respuestas a condiciones muy distintas de las que hoy imperan en lo demográfico y en lo económico, por lo que para que estos esquemas de reparto funcionen requieren de condiciones necesarias a fin de poder operar, consistiendo tales condiciones en:

- Una tasa de crecimiento poblacional dinámica.
- Una esperanza de vida reducida.
- Una correspondencia más estrecha entre beneficio y contribuciones.

Una vez que estas condiciones se van modificando y desde luego adaptando, es obvio que la llegada de las crisis correspondientes no se hacen esperar, pues el no haber percibido a tiempo la modificación de tales condiciones, o en su defecto, el no haber intervenido con la debida prontitud para intentar corregir la situación que se estaba presentando, simplemente permitió que el panorama presente se deteriorara aún más.

Finalmente cuando se cayó en cuenta de que se estaba gestando una grave situación, le cayó el veinte al Gobierno, de que las herramientas políticas y económicas con las que se contaban en aquel entonces eran insuficientes, y que aunado a ello, existían necesidades más inmediatas que atender. Con lo cual, se dejaba de lado una gran problemática apostando a un probable cambio en las condiciones económicas, que de forma transitoria fortaleciera la economía y resolviera tal estado de incertidumbre.

A manera de conclusión, y por lo que respecta a la experiencia de México, la desproporción entre contribuciones y beneficios (aportar poco por lo que se recibe) pone en riesgo de quiebra a los sistemas y de paso a las finanzas públicas, obligando a distraer recursos públicos que son indispensables en otras áreas. Con todo lo anterior, las reformas no resuelven para la generación de transición el problema de los costos fiscales, lo cual ocasiona que sea necesario que el Gobierno continúe aportando recursos cada vez mayores a fin de alcanzar a cubrir las pensiones en curso de pago, más las que se siguen acumulando, ocasionando como consecuencia un importante impacto en las finanzas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCARAZ DE LA ROSA, J. (2009): *Ley del Seguro Social Comentada*, PAC, México.
- ALDAMA RAMÍREZ, R. (2002): *Diccionario Jurídico Laboral*, Cárdenas, México.
- BÁEZ MARTÍNEZ, R. (2008): *Nueva Ley del ISSSTE Comentada*, PAC, México.
- BAILÓN VALDOVINOS, R. (2005): *Ley Federal al Servicio de los Trabajadores Comentada*, PAC, México.
- BRACHET MÁRQUEZ, V. (2007): *Salud Pública y Regímenes de Pensiones en la Era Neoliberal: Argentina, Brasil, Chile y México, 1980-2000*, El Colegio de México, México.
- BRICEÑO RUIZ, A. (2010): *Derecho Mexicano de los Seguros Sociales*, Oxford, México.
- CASTORENA, J. J. (1984): *Manual de Derecho Obrero*, STPS, México.
- CÁZARES GARCÍA, G. (2007): *Derecho de la Seguridad Social*, Porrúa, México.
- DELGADO MOYA, R. (2005): *Derecho a la Seguridad Social*, SISTA, México.
- FERNÁNDEZ RUIZ, S. (2005): *Prestaciones y servicios del IMSS: cálculo y procedimientos*, 4ª ed., Trillas, México.
- FORBES, A. (2006): *Sistemas de pensiones en México: perspectivas financieras y posibles soluciones*, IMEF, México.
- GINNEREN, W. V. (2003): *Extendiendo la Seguridad Social*, núm. 13, Servicio de Políticas y Desarrollo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- GÓMEZ DANTES, O. (2010): *Seguro Popular de Salud: Siete Perspectivas*, Instituto Nacional de Salud Pública, México.
- HOLZMANN, R. y HINZ R. (2005): *Soporte del ingreso de vejez en el siglo XXI: una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de las reformas*, Banco Mundial.
- MORENO PADILLA, J. (2008): *Nueva Ley del Seguro Social: comentarios a los artículos*, 27ª ed., Trillas, México.

- OIT (2003): *Hechos Concretos Sobre la Seguridad Social*, OIT, Ginebra.
- PÉREZ CHÁVEZ, J. y R. FOL OLGUÍN (2010a): *Conozca sus derechos y beneficios de Seguridad Social ante el IMSS, INFONAVIT y SAR*, 4ª ed., Tax, México.
- (2010b): *Taller de Prácticas Laborales y de Seguridad Social*, 6ª ed., Tax, México.
- RAMOS ÁLVAREZ, O. G. (2006): *Trabajo y Seguridad Social*, 2ª ed., Trillas, México.
- SÁNCHEZ PIÑA, J. de J. (2006): *Cuaderno de Trabajo de la Ley del Seguro Social*, PAC, México.
- TENA SUCK, R. (1999): *Derecho de la Seguridad Social*, Trillas, México.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley Federal del Trabajo
- Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Artículo 123º, Apartado A de la Constitución Federal
- Ley del Seguro Social
- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro
- Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado
- Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas
- Ley del Impuesto Sobre la Renta
- Reglamento de la Ley del Impuesto Sobre la Renta
- Reglamento de la Ley del Seguro Social en Materia de Afiliación, Clasificación de Empresas, Recaudación y Fiscalización
- Reglamento de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro
- Reglamento de Servicios Médicos del ISSSTE
- Reglamento de Prestaciones Económicas y Vivienda del ISSSTE

MESOGRAFÍA

<http://www.imss.gob.mx/tramites/>
<http://www.inegi.org.mx/inegi/default.aspx>
<http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/variados/> <http://www.mexicolegal.com.mx/consultas/r22561.html>
<http://www.diputados.gob.mx/>
<http://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx>
<http://institutedeinvestigacionesjuridicas.unam.gob.mx>
<http://www.ordenjuridico.gob.mx>
<http://www.scjn.gob.mx>
<http://prdleg.diputados.gob.mx>
http://biblioteca_compostela.esp.com.mx
<http://outsourcingrussia.com>
<http://www.gestiopolis.com/recursos5/docs/mkt/outsour.htm>
<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/bib/>
<http://www.bibliojuridica.org/estlib/>
<http://www.bibliojuridica.org/sitint/>
http://www.joseacontreras.net/mesico/Normateca/Normateca_Laboral.htm
<http://200.94.154.100/>
<http://www.imss.gob.mx/buscador/resultado.html?cx=002360038649913767611%3Azhajmgbjye&cof=FORID%3A11&ie=ISO-88591&q=-seguro+adicional#883>
<http://www.issste.gob.mx/www/index2.html>
<http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>
http://www.df.gob.mx/wb/gdf/programa_del_seguro_popular
<http://www.presidencia.gob.mx/programas/?contenido=34635>
<http://www.bancomundial.org/>
<http://www.banxico.org.mx/>
<http://www.consar.gob.mx/>

POLIGRAFÍA

Glosario de Términos de Seguridad Social, IMSS, México. 1999.
Antología del Diplomado Fiscal: Impuestos, Seguridad Social, Laboral y Defensa Fiscal, tomo 2, CAP FISCAL, México, 2010.

**LA TEMPORALIDAD DE LA PRESTACIÓN
COMPENSATORIA POR SEPARACIÓN Y
DIVORCIO: UNA EVOLUCIÓN
JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVA**

FEDERICO ARNAU MOYA

*Profesor contratado doctor de Derecho Civil
Universitat Jaume I de Castellón*

I. LA REGULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN ESPAÑA POR LA LEY 30/1981

La denominada «pensión compensatoria por desequilibrio económico» ha sido definida por el Tribunal Supremo como «el derecho personal que corresponde al cónyuge o excónyuge al que, con motivo de la crisis matrimonial, se le haya producido un empeoramiento de su estatus económico en relación a la situación que tenía constante matrimonio y que se encuentre en posición de desventaja o desequilibrio respecto de la que mantenga el otro».¹

La pensión compensatoria va unida indefectiblemente a la institución del divorcio, de tan azarosa existencia en España: el divorcio fue introducido por primera vez por la Constitución republicana de 1931, que dio lugar a la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932. El advenimiento del franquismo supuso la derogación del divorcio mediante la Ley de 23 de septiembre de 1939. El divorcio, tras un paréntesis de casi cuarenta años de dictadura, es reintroducido por la Constitución democrática de 1978, siendo desarrollado por la Ley 30/1981, de 7 de julio, también conocida como «ley de divorcio». Finalmente, la Ley 15/2005, de 8 de julio, modifica la institución del divorcio al eliminar las tradicionales causas de divorcio y permitir que la mera voluntad de uno solo de los cónyuges sea suficiente para solicitar el divorcio. Esta nueva modalidad de divorcio es conocida a nivel popular con el sobrenombre de «divorcio exprés» puesto que acorta de modo muy notable los periodos de tiempo necesari-

1. Sentencia Tribunal Supremo (en adelante STS) de 29 de junio de 1988 (RJ 5138).

rios para divorciarse, puesto que suprime el requisito de la separación previa (el denominado «doble procedimiento») y el plazo mínimo que debe transcurrir desde la celebración del matrimonio para poder solicitar su disolución queda reducido de un año a tres meses.

Una de las novedades de ley de divorcio de 1981 fue la introducción de un nuevo artículo 97 en el Código Civil (en adelante cc) en el que se regulaba *ex novo* la pensión compensatoria.² Este precepto, tras casi veinticinco años de vigencia, ha sido objeto de una nueva redacción por la citada Ley 15/2005, que definitivamente lo ha fijado en los siguientes términos:

El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

El citado precepto una vez ha fijado los requisitos del desequilibrio, para que nazca la pensión, establece toda una serie de circunstancias en base a las cuales se determina su importe:

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: «1. Los acuerdos a los que hubieran podido llegar los cónyuges. 2. La edad y el estado de salud. 3. La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4. La dedicación pasada y futura a la familia. 5. La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6. La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7. La pérdida eventual de un derecho de pensión.

2. SAURA ALBERDI (*La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, p. 15) estima que el precedente que más se aproxima al art. 97 del Código Civil se encuentra en el art. 30 de la ley de divorcio de 1932; si bien Barceló Doménech (*La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital [De acuerdo a la ley de 8 de julio de 2005 de reforma en materia de separación y divorcio]*, p. 38), matiza que no hay que olvidar el carácter estrictamente alimentista de la norma republicana.

8. El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9. Cualquier otra circunstancia relevante».³

Finalmente, termina el artículo diciendo que «en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad».

La doctrina ha destacado la heterogeneidad de estos criterios, puesto que unos confieren a la pensión el carácter de un salario diferido (dedicación a la familia, ayuda en la profesión o negocios del otro esposo), incluso el de un sueldo futuro (dedicación futura a la empresa) y hasta un cierto carácter alimentario (edad, salud, posibilidades de empleo).⁴ La doctrina siempre ha mantenido, incluso antes de la nueva reforma, que el listado de circunstancias del artículo 97 CC no tiene carácter exhaustivo. Esta postura doctrinal ha quedado plenamente reforzada con la reciente incorporación de una novena causa que permite tener en cuenta a la hora de fijar el importe de la pensión «cualquier otra circunstancia relevante».⁵

El régimen jurídico de la pensión compensatoria se encuentra regulado principalmente en el artículo 97 CC que, a su vez, está complementado por otra serie de preceptos: el artículo 98, referido a la indemnización del cónyuge de buena fe en los casos de nulidad matrimonial. El artículo 99, que contempla la sustitución de la pensión compensatoria por una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. El artículo 100, que prevé la posibilidad de modificación de la pensión compensatoria «por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge». Finalmente, como cierre del sistema, el artículo 101 establece las causas de extinción del

3. La Ley 15/2005, de 8 de julio, únicamente ha supuesto la introducción de una novena circunstancia, dejando subsistentes el resto. Esta nueva causa ratifica el carácter abierto del listado al establecer: «9ª. Cualquier otra circunstancia relevante».

4. LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, *Elementos del Derecho Civil, IV Familia*, p. 106.

5. LACRUZ BERDEJO (*Idem*) estima que las circunstancias indicadas en el art. 97 están señaladas *ad exemplum* y constituyen para el juez criterios orientativos; Gómez Ibar-guren («La naturaleza temporal de la pensión compensatoria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, p. 2) estima que la expresión «cualquier otra» constituye una cláusula de *numerus apertus*.

derecho a la pensión «por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona [...]».

II. LOS CAMBIOS SOCIOLÓGICOS RESPECTO AL MATRIMONIO

Cuando la Ley de divorcio de 1981 introduce en el sistema normativo español la figura de la pensión compensatoria para los supuestos de separación o divorcio, nos encontramos con un panorama sociológico bastante alejado del actual, totalmente condicionado por la indisolubilidad del vínculo matrimonial durante casi cuarenta años. Hasta el punto de que en el subconsciente colectivo, incluido el legislador, continuase el mantenimiento del valor del matrimonio y de la familia tradicional, incluso con posterioridad a su ruptura o disolución.⁶ En aquella época quienes se separaban o divorciaban habían tenido un periodo de convivencia muy largo; además, por lo general, el cónyuge al que perjudicaba la separación o divorcio era la mujer, con el agravante de que esta quedaba en una situación difícil para proporcionarse un medio de vida, puesto que en la gran mayoría de casos su ocupación no había sido otra que la dedicación exclusiva al hogar familiar, con la consiguiente dependencia económica del marido. En ese ambiente la jurisprudencia admitió que la pensión estaba fundada en una solidaridad postconyugal que no tenía porqué desaparecer con la ruptura del vínculo, perpetuándose así el deber de socorro entre los cónyuges.⁷ La pensión compensatoria se concebía como un derecho vitalicio a favor del cónyuge perjudicado, aun a pesar del anterior texto del artículo 97, que se limitaba a establecer que el cónyuge perjudicado tenía «derecho a una pensión» sin añadir calificativo alguno que permitiese afirmar su perpetuidad o temporalidad.

6. CAÑETE QUESADA, AGUSTÍN, «La pensión compensatoria: una visión de futuro», <http://www.porticolegal.com>.

7. Sentencia Audiencia Provincial (en adelante SAP), Barcelona, 13 de mayo de 1993; SAP Jaén, 30 de octubre de 1992 y SAP, Cáceres, 21 de junio de 1996 (AC 1996,1110).

Un radical cambio sociológico se ha producido desde la primitiva ley de divorcio de 1981 hasta su reforma por la ley 15/2005. Hoy en día las crisis matrimoniales son habituales en matrimonios con pocos años de convivencia, de modo que ha disminuido la edad de quienes se separan o divorcian. También se ha producido una progresiva incorporación de la mujer en el mercado de trabajo, lo que ha repercutido en la disminución del número de hijos por familia y, sobre todo, que ya no depende económicamente del marido.⁸ Paralelamente al cambio social se ha producido un giro copernicano respecto a la duración y finalidad de la pensión compensatoria. Se ha ido abandonando la idea de que esta puede constituir una suerte de seguro vitalicio a favor del miembro económicamente más débil y que su finalidad sea mantener nivelados de por vida los patrimonios de los esposos una vez rota la convivencia.⁹ En su lugar se ha impuesto que su propósito es el de reducir en la medida de lo posible los desequilibrios que generan las rupturas matrimoniales evitando resultados injustos.¹⁰ En consecuencia, ha ido calando la idea de que, salvo excepciones, debe imperar la temporalidad de la pensión compensatoria como norma general.¹¹

III. CARACTERES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La concepción respecto de la naturaleza jurídica de la prestación compensatoria también ha sufrido una paulatina evolución siguiendo la estela de los comentados cambios sociológicos. Hoy en día las notas más características de la pensión compensatoria son las siguientes:

8. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, «Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio», en DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN (coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, p. 216.

9. CAMPUZANO TOMÉ, HERMINIA, «Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal», en *Actualidad Civil*, 1994-4, p. 899.

10. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *op. cit.*, pp. 216-217.

11. CAÑETE QUESADA, AGUSTÍN, *op. cit.*

- a) *El desequilibrio constituye el fundamento de la pensión.* El fundamento de la pensión se encuentra en el desequilibrio o empeoramiento económico que sufre uno de los cónyuges, como consecuencia de la separación o el divorcio, tanto con respecto a su situación anterior durante el matrimonio, como en relación con la situación actual del otro cónyuge.¹² En definitiva, se trata de compensar a aquel de los cónyuges cuya dedicación a las necesidades de la familia haya supuesto una pérdida de expectativas traducibles económicamente.¹³ En ese sentido el Tribunal Supremo manifiesta que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora y que el presupuesto esencial reside en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno de los cónyuges, antes y después de la ruptura,¹⁴ si bien la función reequilibradora no debe ser confundida con un mecanismo equilibrador de patrimonios.¹⁵
- b) *La pensión tiene una función compensatoria.* Así se desprende de la nueva redacción del art. 97 CC, donde ahora se habla de «compensación», alejándose esta institución de connotaciones asistenciales para la que nunca fue pensada ni legislada.¹⁶ Funciona como un resarcimiento o indemnización de carácter objetivo a favor del cónyuge más perjudicado por la crisis matrimonial, alejado de cualquier connotación culpabilística,¹⁷ puesto que no busca indem-

12. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil, volumen IV. Derecho de familia*, p. 125; GÓMEZ IBARGUREN, PEDRO, «La naturaleza temporal de la pensión compensatoria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 700, p. 1; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *et al.*, *Elementos del Derecho Civil, IV Familia*, p. 105.

13. Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 125.

14. En este sentido las SSTs (1ª) 10 de febrero de 2005 (RJ 1133), 17 de octubre de 2008 (RJ 5702), 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009\3), 21 de noviembre de 2008 (RJ 6060), 10 de marzo de 2009 (RJ 1637) y 17 de julio de 2009 (RJ 350153).

15. SSTs de 10 de febrero de 2005 (RJ 1133), 5 de noviembre de 2008 (RJ 2009,3), 10 de marzo de 2009 (RJ 1637) y 19 de enero de 2010 (RJ 417).

16. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *op. cit.*, p. 221.

17. *Ibidem*, p. 218.

nizar al inocente por la ruptura conyugal,¹⁸ entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil en ninguna de sus redacciones ha contemplado la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación.¹⁹

c) *Carácter subjetivo del desequilibrio que da lugar a la pensión.*

Este desequilibrio durante muchos años fue considerado como de carácter objetivo, en el sentido de que el mero hecho de su existencia bastaba para conceder la pensión al cónyuge perjudicado por la separación o el divorcio.²⁰ Desde ese punto de vista las circunstancias del artículo 97 CC quedaban reducidas a simples parámetros para valorar la cuantía de una pensión, que ya había sido concedida por concurrir el mero hecho del desequilibrio. Hoy en día se ha impuesto el criterio subjetivo, lo que supone que las circunstancias *ex* artículo 97 CC también han de considerarse a la hora de determinar si existe o no desequilibrio económico suficiente para ser compensado por medio de la pensión.²¹ En consecuencia, ahora las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 CC tienen una doble función: en primer lugar, actúan como elementos determinantes de la existencia del desequilibrio; finalmente, una vez determinada la concurrencia de aquel, actúan como elementos valorativos que permiten fijar la cuantía y duración (definitiva o temporal) de la pensión.²²

d) *Carácter no alimentista de la pensión compensatoria.* La compensatoria no se trata de una pensión alimenticia por razón de necesidad,²³ de modo que el hecho de que el cónyuge acreedor

18. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, LUIS Y ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.*, p. 125.

19. STS (1ª) 19 de enero de 2010 (RJ 417).

20. LACRUZ BERDEJO (*op. cit.*, p. 105) estima que el esposo demandante solo tiene que demostrar el desequilibrio económico que le es desfavorable, determinándose entonces la pensión a su favor mientras dure el desequilibrio. De este modo –dice– el legislador se propone resolver una cuestión objetiva con aséptica objetividad.

21. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *op. cit.*, p. 225.

22. STS (1ª) 19 de enero de 2010 (RJ 417).

23. JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH (*op. cit.*, p. 217) opina que la pensión de alimentos obedece a criterios de necesidad, nace para atender a exigencias vitales, tomando como base de su concesión la necesidad de quien la solicita y los recursos del obligado a

de la pensión viva con cierta holgura no constituirá impedimento para que aquella se le conceda. Los alimentos y la pensión compensatoria son instituciones de naturaleza jurídica distinta y obedecen a finalidades y causas distintas: los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita y tiene su base en el deber de auxilio mutuo entre cónyuges exigido en el artículo 68 del Código Civil. La pensión compensatoria obedece a otras razones, como las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad.²⁴ Es de destacar que ambas pensiones son compatibles en el caso de separación,²⁵ pero no en el caso de divorcio, puesto que al disolverse el matrimonio desaparece la obligación de alimentos.²⁶

e) *La pensión alimenticia es independiente del régimen económico matrimonial.* La concesión o no de la pensión compensatoria está totalmente desvinculada del régimen económico matrimonial vigente en el momento de la crisis matrimonial. Incluso en algunas resoluciones se ha estimado su compatibilidad con la compensación económica *ex* artículo 1.438 CC, que en el régimen de separación de bienes se otorga al cónyuge que ha trabajado exclusivamente para la casa. La concesión de esta indemnización se basa en que aquella dedicación ha comportado la privación del tiempo necesaria-

prestarla, siendo irrenunciable. La prestación compensatoria se fundamenta en el desequilibrio que supone un presupuesto más amplio que la necesidad, por cuanto que cubre no solo las necesidades vitales, sino también el restablecimiento del perjuicio económico derivado de la ruptura de la vida conyugal, con posibilidad de renuncia por los cónyuges.

24. CABEZUELOS ARENAS, ANA LAURA, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 69, p. 1379. En ese sentido, las SSTs de 17 de octubre (RJ 2008, 5704) y 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 6060) y 10 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1637).

25. Díez-PICAZO Y GULLÓN (*op. cit.*, p. 125) estiman que la concurrencia de pensiones disminuiría considerablemente la apreciación del desequilibrio.

26. Lo que ha originado más de un problema, cuando se incurre en el error de solicitar una pensión alimenticia dentro de un proceso de divorcio, en vez de haber solicitado la correspondiente pensión compensatoria.

rio para completar sus estudios o desarrollar una actividad laboral fuera del hogar familiar. De ahí que el trabajo para la casa se compute como contribución a las cargas matrimoniales.²⁷

- f) *La pensión ha de estar fijada en una resolución judicial.* La pensión compensatoria ha de señalarse en una resolución judicial, bien sea la que apruebe un convenio regulador (*ex* artículo 90 cc) suscrito por ambos de los cónyuges en los procesos de mutuo acuerdo, bien sea la que declare la separación o divorcio a iniciativa de un solo cónyuge.²⁸ Incluso cabe concederla en una resolución que tenga en cuenta pactos que no han sido homologados judicialmente.²⁹
- g) *La pensión compensatoria es una norma de carácter dispositivo.* La jurisprudencia y la doctrina coinciden al afirmar que el artículo 97 cc se trata de una norma de Derecho dispositivo.³⁰ En consecuencia, el juez no podrá señalar tal pensión de oficio cuando la parte perjudicada no la reclame, e incluso se admite su renuncia por las partes por no afectar a una cuestión de orden público.³¹
- h) *Modalidades de pago de la pensión.* En la anterior redacción del artículo 97 la existencia del desequilibrio únicamente confería el derecho a una pensión. En la nueva versión se utiliza el término más amplio de «compensación», que engloba, tanto la clásica pen-

27. En este sentido las SSAAPP Murcia (S. 5^a) 5 de mayo de 2009 (Jur 2009/339456) y Murcia (S. 1^a) 6 de noviembre de 2006 (Jur 2006/284978) para estimar la indemnización del 1483 cc es preciso la concurrencia de dos elementos: a) contribución de uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares mediante su dedicación exclusiva al cuidado del hogar y de los hijos del matrimonio y b) incremento patrimonial del cónyuge que no se ha dedicado a la atención al hogar como consecuencia del desarrollo de su actividad comercial, de tal manera que la separación matrimonial suponga, por la vigencia del régimen de separación de bienes, un situación de desequilibrio entre ambos cónyuges.

28. MORENO QUESADA, BERNARDO *et al.*, «La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes», en Francisco Javier Sánchez Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, p. 140.

29. En este sentido la STS 15 de febrero de 2002 (RJ 1619). En la doctrina muestra su conformidad Marín García de Leonardo (*op. cit.*, p. 220).

30. Díez-PICAZO Y GULLÓN, *op. cit.*, p. 126; Lacruz Berdejo, *op. cit.*, p. 105.

31. Así se establece por las SSTS 2 de diciembre de 1987 (1987\9174), 10 de febrero de 2005 (RJ 2005\1133), 10 de marzo de 2009 (RJ 2009\1637) y 17 de julio de 2009 (RJ 2009\350153).

sión, ahora en la doble modalidad de «pensión temporal o por tiempo indefinido», así como una «prestación única», consistente en la entrega de un capital en bienes o dinero. Esta última posibilidad tiene la ventaja sobre las pensiones de que consigue terminar definitivamente con las relaciones económicas surgidas como consecuencia de la crisis matrimonial.³² Para la doctrina el contenido más amplio de la compensación resulta más acorde con el carácter compensatorio de la pensión.³³ En nuestra opinión, sin embargo, resulta criticable que el legislador se haya limitado a incorporar dentro de la compensación a una de las tres alternativas que ofrece el artículo 99 para sustituir la pensión compensatoria (la entrega del capital), olvidándose de incluir la renta vitalicia o el usufructo de bienes. Desde un punto de vista sistemático hubiera sido más adecuado la inclusión de las tres posibilidades y así suprimir el 99 cc.

i) *Garantías para el pago de la pensión.* En España, el impago de las pensiones compensatorias, así como las alimenticias, puede dar lugar a la ejecución forzosa de la sentencia civil que las establezca, incluso a un proceso penal, puesto que el impago de pensión está tipificado como delito en el artículo 227 del Código Penal.³⁴ En este aspecto otra novedad de la Ley 15/2005, la constituye el mandato establecido en su disposición adicional única para que el legislador estableciera un Fondo de Garantía de Pensiones Alimenticias, que finalmente ha sido introducido por el RD 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. Este fondo surge, según la exposición de motivos, para «garantizar a los hijos e hijas menores de edad la percepción de unas cuantías económi-

32. MORENO QUESADA, BERNARDO *et al.*, *op. cit.*, p. 142.

33. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *op. cit.*, p. 228.

34. Establece el art. 227 CP que «El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses».

cas, definidas como anticipos, que permitan a la unidad familiar en la que se integran subvenir a sus necesidades ante el impago de los alimentos por el obligado a satisfacerlos». Este derecho de alimentos ha de estar judicialmente reconocido en impagado (artículo 4 RD 1618/2007). En nuestra opinión hubiera sido deseable que este fondo también pudiera haber sido aplicado para las pensiones compensatorias.

j) *Modificación de la pensión*. En el párrafo final del nuevo artículo 97 se dice que en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. De modo que una vez fijada la pensión y las bases de actualización solo podrá modificarse aquella cuando se den alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, tal como establece el artículo 100 CC, que no ha sufrido variación alguna por la nueva reforma.³⁵

k) *Extinción de la pensión*. El artículo 101 CC, establece que la pensión se extingue por «el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de este podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquella, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima». Estimamos que el legislador del 2005 debería de haber modificado este precepto en el sentido de incluir el fallecimiento del acreedor como causa de extinción de la pensión, así como el vencimiento del plazo en el caso de que la pensión hubiese sido temporal, tal como sí que ha hecho el legislador catalán en el artículo 233-19 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.³⁶

35. MORENO QUESADA, BERNARDO *et al.*, *op. cit.*, p. 143.

36. En España el Código civil no se aplica por entero en todo el territorio nacional, puesto que algunas Comunidades Autónomas cuentan con Derecho civil propio, como es el caso de la comunidad catalana, donde este derecho civil, antes llamado «foral» y ahora «autonómico», ha alcanzado su cota más alta de elaboración y desarrollo. La

IV. LA POLÉMICA SOBRE LA TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Cuando se reintroduce el divorcio en el año 1981 ni la doctrina ni la jurisprudencia se cuestionan el carácter indefinido de la prestación compensatoria, aun a pesar de que en el entonces recién modificado artículo 97 cc daba pie a ello, puesto que no hacía referencia alguna a la temporalidad, ni a favor ni en contra. Sin embargo, la evolución sociológica del matrimonio provocó, entre otras consecuencias, la revisión de lo que hasta entonces había sido el dogma de la perpetuidad de la pensión compensatoria. Este proceso fue largo. En un primer momento, la jurisprudencia y la doctrina respaldaron sin fisuras la duración ilimitada de la pensión con base a los siguientes argumentos:³⁷ 1) Si el artículo 97 cc no establece la temporalidad, se trata de una omisión voluntaria del legislador, puesto que si la hubiera querido prever la hubiera establecido. La temporalidad es contraria a la *ratio* del precepto: contradice la literalidad de los artículos 99 (sustitución de la pensión) y 101 cc (causas de extinción); quedarían sin contenido los artículos 100 (modificación de la pensión) y 101; supone una condena de futuro sin base legal, significaría adoptar una decisión sin ninguna base cierta. 2) La pensión compensatoria tiene una vocación natural de perpetuidad, puesto que si la causa originadora de la misma es el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce a un cónyuge en relación a la posición del otro, dicha circunstancia, que se constata al término de la convivencia conyugal, en principio se proyecta estáticamente hacia el futuro, por lo que debe presumirse que subsiste hasta tanto no se acredite un cambio de fortuna en el acreedor, sin que sea posible suponer apriorísticamente que la suerte del beneficiario de la pensión evolucionará necesariamente hacia mejor, y menos que lo haga en un determinado periodo de tiempo. 3) También se ha utilizado el razonamiento sociológico imperante

Constitución española permite la existencia del derecho civil autonómico en su artículo 149.1.8.

37. En la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 1133) se recogen con gran detalle los argumentos que la doctrina había venido utilizando tanto en contra como a favor de la temporalidad de la pensión compensatoria.

en la España de hace treinta años: se suponía que los matrimonios que se divorciaban habían estado casados durante mucho tiempo, que la mujer se había dedicado exclusivamente al hogar y que por ello carecía de expectativas laborales además de depender económicamente de su marido. De ahí que la pensión por desequilibrio se regulase como pensión periódica sin ninguna referencia a su posible temporalidad.³⁸

En una segunda fase, iniciada a mitad de los años 90, irrumpe la tesis de la temporalidad de la pensión, con base a los siguientes argumentos.³⁹

1) Si bien el artículo 97 CC no recoge expresamente la temporalidad, tampoco la excluye; por otro lado, la limitación temporal no contradice los artículos 99, 100 y 101 CC. 2) El artículo 97 no tiene por finalidad perpetuar el equilibrio de los cónyuges separados o divorciados,⁴⁰ sino que la *ratio* del precepto es restablecer un desequilibrio que puede ser circunstancial, y la pensión compensatoria aporta un marco que puede hacer posible o contribuir a la readaptación. 3) La legítima finalidad de la norma legal no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas a las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial, perfectamente atendible con la pensión temporal. 4) La pensión compensatoria no constituye una renta vitalicia, póliza de seguro vitalicio o garantía vitalicia de sostenimiento, ni puede operar como una cláusula de dureza.⁴¹ El matrimonio no crea un derecho a percibir una pensión,

38. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *op. cit.*, p. 216.

39. También es de tener en cuenta la influencia del criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980).

40. La SAP Cádiz de 30 de enero de 1995 (AC 1995, 166) se opone a la pensión indefinida alegando que «sería una carga insoportable para el obligado a abonarla y un beneficio o enriquecimiento injusto para el que la recibe». La SAP Guipúzcoa de 16 de mayo de 2000 (JUR 2000, 222857) decía que: la pensión compensatoria «no puede suponer el establecimiento a favor del cónyuge acreedor de un derecho permanente a mantener la misma posición económica que se tuvo durante el matrimonio a costa del otro. Extinguido el contrato matrimonial ambos cónyuges dependen individualmente de sus propios actos, y el pretender obtener unos ingresos al margen de su propio esfuerzo personal no resulta conforme con la naturaleza del contrato, ni con la libertad, dignidad y capacidad de cada persona».

41. Marín García de Leonardo, teresa, *op. cit.*, p. 221.

y el derecho a la pensión compensatoria tiene carácter relativo, personal y condicionable.⁴² 5) La temporalización puede desempeñar una función instrumental de estimulación o incentivo indiscutible para el perceptor en orden a obtener el reequilibrio a través de la autonomía económica, entendida como posibilidad de desenvolverse autónomamente, y, en concreto, hallar pronto una colocación laboral o profesional. 6) La limitación temporal evita la pasividad en la mejora de la situación económica, combate el desentendimiento o inactividad del acreedor en orden a obtener una ocupación remunerada, buscar o aceptar una actividad laboral, y potencia el afán de reciclaje o reinserción en el mundo laboral, por lo que cumple una finalidad preventiva de la desidia o indolencia del perceptor, y supone un signo de confianza en las posibilidades futuras de reinserción laboral. 7) No cabe dejar en manos de una de las partes que la situación económica cambie a su antojo o comodidad, o dependa del propósito de perjudicar al otro, con lo que se evitan situaciones abusivas y se previenen conductas fraudulentas, tanto del acreedor como del deudor; evita la incertidumbre o situaciones de excesiva provisionalidad. 8) Otro elemento determinante es el nuevo ambiente sociológico de finales del siglo xx: las crisis matrimoniales aparecen en matrimonios con pocos años de convivencia; además se ha producido una progresiva incorporación de la mujer en el mercado de trabajo, habiendo disminuido el número de hijos, así como la edad de quienes se separan o divorcian.⁴³ 9) Finalmente, en nuestra opinión, hay que tener en cuenta a la gran cantidad de jueces y magistrados, separados o divorciados, que en aquellas fechas eran acreedores de pensiones indefinidas y que a través de sus sentencias han actuado como un poderoso *lobby* doctrinal en pro de la temporalidad de la pensión.

En este nuevo contexto la balanza poco a poco se fue inclinando a favor del reconocimiento de la temporalidad de la pensión: en primer lugar, a nivel jurisprudencial en el ámbito de las Audiencias Provinciales, desde donde esta corriente llega al Tribunal Supremo, que termina ha-

42. DE LA IGLESIA PRADOS, EDUARDO, «La duración temporal de la pensión compensatoria. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1133)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, p. 282.

43. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *op. cit.*, p. 216.

ciéndola suya con la innovadora sentencia de 10 de febrero de 2005.⁴⁴ El Alto Tribunal reconoce que en los procesos matrimoniales puede establecerse una pensión compensatoria temporal, si bien matizando que «ello sería posible siempre que constituyese un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad del art 97 del cc, ya que no cabe desconocer que en numerosos supuestos la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia».⁴⁵

En segundo lugar, la estela del triunfo de la temporalidad en el ámbito jurisprudencial ha sido seguida por el poder legislativo. El pionero, fue el legislador catalán con el Código de Familia de Cataluña, Ley 9/1998, de 15 de julio, en cuyo artículo 86.1 *d*) se establecía que el derecho a la pensión compensatoria se extingue por el transcurso del plazo por el que se estableció.⁴⁶ Esta redacción ha sido mantenida en el reciente Libro II del Código Civil de Cataluña,⁴⁷ que si bien deroga la citada Ley 9/1998, mantiene la redacción del art. 86.1 sin introducir ninguna novedad respecto a la temporalidad de la pensión. En nuestra opinión, hubiera sido más adecuado establecer de manera directa en su artículo 233-19.1d) que la pensión puede tener carácter temporal o indefinido, y

44. La importancia de la sentencia es resaltada por CABEZUELOS ARENAS (*op. cit.*, p. 1378): «pocas son las ocasiones en las que podemos enfrentarnos a sentencias dictadas por el Tribunal Supremo que marcarán un antes y un después en la evolución del Derecho civil. En el ámbito del Derecho de familia, esta es sin duda una de ellas».

45. La citada sentencia de 10 febrero 2005 dice que «...se deduce que la ley –que de ningún modo cabe tergiversar– no prohíbe la temporalización, se adecúa a la realidad social y puede cumplir la función reequilibradora, siempre que se den determinadas circunstancias. Ergo, debe admitirse su posibilidad, aunque es preciso hacer referencia a las pautas generales que permiten su aplicación». Esta doctrina jurisprudencial ha sido seguida por las de 28 de abril (RJ 2005, 4209) y 19 de diciembre del mismo año (RJ 2005, 7840) y las de 9 (RJ 2008, 5685), 14 (RJ 2008, 6911) 17 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5702) y 21 de noviembre de 2008 (RJ 6060), 17 de julio de 2009 (RJ 350153).

46. En el triunfo de la temporalidad también es de tener en cuenta el criterio favorable a la temporalización del Consejo de Europa (informe del comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980).

47. Recientemente aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

no hacer referencia a la temporalidad al contemplar las formas de extinguirse ese derecho. Finalmente, el legislador estatal siguiendo las propuestas jurisprudenciales y doctrinales, y con siete años de retraso con relación al legislador catalán, ha terminado incorporando al Código Civil la posibilidad de que la pensión compensatoria tenga carácter temporal, para lo cual ha reformado el artículo 97.1 cc aprovechando la nueva Ley 15/2005. La fórmula utilizada se limita a indicar que la compensación podrá «consistir en el pago de una pensión temporal o por tiempo indefinido [...]».⁴⁸

V. LA SITUACIÓN POSTERIOR AL RECONOCIMIENTO LEGAL DE POSIBILIDAD DE LA TEMPORALIDAD DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

El reconocimiento legislativo de la temporalidad de la prestación ha terminado con la polémica respecto de la admisibilidad o no de esa modalidad de prestación. No obstante todavía quedan otros frentes doctrinales abiertos, como la cuestión de si en adelante la temporalidad va a ser la regla general y la perpetuidad, la excepción, o viceversa. También queda pendiente la fijación de una vía que permita una mayor concreción a la hora de establecer la cuantificación y duración de las pensiones temporales, terminando de una vez con los grandes desfases existentes en esta materia, dependiendo del juzgado que le corresponda en suerte a cada perjudicado.

Respecto a la preeminencia de la pensión temporal o de la indefinida, el nuevo texto del nuevo artículo 97.1 cc parece dejar la cuestión en una situación de equilibrio al utilizar la conjunción disyuntiva «o» (pensión temporal o por tiempo indefinido). El Tribunal Supremo se ha preocu-

48. Establece el nuevo art. 97.1 cc que: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia».

pado de matizar que la temporalidad no es imperativa, y que su admisión exige que con ello no se resienta la función reequilibradora, condición que obliga al órgano judicial, a la hora de optar por fijar un límite temporal, a atender a las específicas circunstancias del caso, particularmente aquellas que permiten valorar la «idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico», y que, de modo no exhaustivo, se encuentran recogidas en el artículo 97 del Código civil». ⁴⁹

V.1. Tesis favorables a la temporalidad como regla general

La jurisprudencia ha venido utilizando varios criterios para justificar la temporalidad de la pensión: la tesis del plazo como estímulo para incorporarse al mercado laboral o evitar la pasividad, y la tesis de la temporalidad como probabilidad cualificada de la pronta superación del desequilibrio.

V.1.1. La tesis del plazo como estímulo para la inserción en el mundo laboral

Estas sentencias consideran el plazo como un lapso de tiempo para que el perceptor realice un esfuerzo de reciclaje para su inserción en el mundo laboral; se trata de un periodo para que el perceptor de la pensión pueda recuperar y consolidar la capacidad de generar suficientes recursos económicos para procurar la satisfacción de sus necesidades.

En este sentido la SAP Cádiz (S. 5ª) de 6 de septiembre de 2005 (AC 2005,1995) dice que:

la pensión compensatoria, tiene esencialmente una duración limitada, que sirva también de estímulo a quien la percibe para incorporarse plenamente al mercado laboral, por lo cual atendiendo a cuantas circunstancias concretas se producen en autos, procede establecer para dicha pensión una duración de cinco años a partir de la presente resolución,

49. STS (1ª) de 21 de noviembre de 2008 (RJ 2008,6060).

tiempo que se entiende suficiente para que la esposa logre una estabilidad laboral que le permita atender a la satisfacción de todas sus necesidades...

La SAP A Coruña (S. 3ª) 5 de mayo de 2008 (JUR 2008, 322693) aconseja realizar «una labor preventiva de la desidia e indolencia del percceptor, que deberá realizar un esfuerzo de reciclaje e inserción en el mundo laboral, no siendo admisible por su parte una actitud de pasividad en cuanto a la mejora de la propia situación económica que perjudique a quien le abona la pensión compensatoria. El establecimiento, pues, de la temporalidad no es sino un freno para el hipotético fraude por el percceptor de la pensión, a la vez que estímulo e incentivo para que este mejore su situación económica y logre una autonomía económica que le permita desenvolverse con normalidad en la vida laboral y ordinaria». La SAP Málaga (S. 7ª) de 30 de junio de 2008 (JUR 287458) que dice que: «Sin embargo no puede ignorarse la posibilidad de la demandada de la explotación económica de su patrimonio inmobiliario, que podría compensar el desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ocasionó en la beneficiaria de la pensión. Actitud pasiva de la demandada en orden a la posibilidad de su recuperación económica que sí tiene trascendencia en fijación de la pensión».

La aplicación de esta modalidad de prestación denominada «pensión de reciclaje» nos parece acertada en el caso de «desequilibrio coyuntural», que es el que presentan las mujeres jóvenes, con matrimonios de poca duración y bastantes posibilidades de acceso a un empleo. Por el contrario, nos parece desproporcionada su aplicación a los denominados «desequilibrios perpetuos», en el que se encuentran las personas mayores de 50 años, con muchos años de dedicación al matrimonio y una escasa formación. En estos casos produce consecuencias graves, puesto que deja a los pertenecientes a este colectivo en una situación de penuria económica en edades muy cercanas a la jubilación. Así sucede con la SAP León (S. 1ª) de 29 de abril de 2008 (JUR 331745), que fija una pensión de un año, cuando la duración del matrimonio fue de 28 años, en el caso de una mujer de 50 años que trabaja como limpiadora ganando 590 euros. Nos parece muy dura la SAP Zamora (S. 1ª) de 27 de mayo de 2008 (JUR

330389), que establece una pensión compensatoria de 8 años, para una mujer mayor alegando que «la edad de la demandante en estos momentos es de 57 años; ha tenido tres hijos; ha estado casada durante veintiséis años, durante los cuales se ha dedicado al cuidado de los hijos comunes del matrimonio y dedicada a la familia; no tiene cualificación profesional; su acceso al mercado de trabajo en una zona como la de Puebla de Sanabria no será fácil, pero tampoco improbable, pues la cualificación profesional será menos determinante que en otras zonas geográficas».

V.1.2. La tesis de la temporalidad como probabilidad cualificada de la pronta superación del desequilibrio

Este criterio puede considerarse como una variante del anterior. En el caso de la aplicación de esta tesis a personas relativamente jóvenes podemos citar la STS de 21 de noviembre de 2008 al decir que: «es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente. Y se requiere que sea posible la previsión *ex ante* de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad; una previsión, en definitiva, con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se ha denominado «futurismo» o «adivinación». El plazo estará en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, para lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación –como en realidad en todas las apreciaciones a realizar–, sin perjuicio de aplicar, cuando sea oportuno por las circunstancias concurrentes, plazos flexibles o generosos, o adoptar las medidas o cautelas que eviten la total desprotección».

En la jurisprudencia menor podemos citar la SAP Málaga (S. 6^a) de 4 de enero de 2010 (La Ley 101219/2010) que reconoce una pensión temporal de 100 €, durante 12 meses y una duración de un año. La esposa tiene 36 años, está terminando la diplomatura universitaria de Relaciones Laborales y ha tenido trabajos anteriores como administrativa en distintas gestorías y asesorías. Se justifica la temporalidad aduciendo que

concurrir «los presupuestos mínimos exigibles para su otorgamiento, pues siendo cierto que la esposa en fechas próximas contará con edad de 36 años y que es más que probable que se integre en el mercado laboral, habiendo tenido el matrimonio una duración de algo más de cuatro años, no lo es menos que la ruptura del vínculo y de la convivencia conyugal le produce un cierto desequilibrio económico pasajero que debe ser restablecido en debida forma y para ello, como impecablemente razona y resuelve el juzgador de la instancia, procede fijar la pensión en forma temporal por el corto intervalo de doce meses y por una cuantía que no pasa de ser prácticamente simbólica [100 €]». En parecidos términos la SAP Granada (S. 5ª) de 9 de octubre de 2009 (la Ley 272169/2009) que contempla como razonable señalar una pensión compensatoria temporal, de 5 años y una pensión de 400 €, dada la edad de la demandada (43 años) y su cualificación profesional de oficial administrativo puesto que le permite volver al mundo laboral. Parecidas soluciones encontramos en la SAP Asturias (S. 1ª) de 24 de abril de 2008 (JUR 2008, 234019), «su edad de 43 años permite presumir fundadamente que su implantación en el mercado laboral puede seguir afianzándose con el paso del tiempo, resulta claro que concurren los presupuestos para fijar el criterio de la temporalidad en el derecho a la pensión compensatoria, como es una probabilidad cualificada de que la situación de desequilibrio esté pronta a ser superada (tal y como exige la STS de 10 de febrero de 2005)». También en la SAP Murcia (S. 1ª) de 28 de julio de 2008 (JUR 2008, 353280) que argumenta que «ello no obsta a que, dada su edad (41 años) y el tiempo que ha estado conviviendo con su cónyuge (sobre 14 años) pueda considerarse susceptible de mejorar su situación laboral, aun en el elemental estadio ahora desarrollado, lo que propicia la atemperación de la obligación del demandado de abonar aquella pensión mediante su fijación temporal, de tal modo que solo durante los cinco años posteriores a la sentencia de instancia procederá la efectividad de tal contribución». La SAP Alicante (S. 9ª) de 18 de mayo de 2010 (la Ley 105004/2010) que estima que:

Es preciso que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse autónomamente [...].

La sentencia, teniendo en cuenta la duración del matrimonio (unos 10 años), la edad de la demandante (37 años), la inexistencia de problemas de salud de la esposa que le impidan desarrollar actividades por cuenta ajena, las posibilidades –en términos de potencialidad– de acceso de la misma a un empleo por la constancia de su acceso en un pasado no lejano al mercado laboral, la posibilidad de acceder a cursos de formación que mejoren su capacitación para ese acceso, su dedicación pasada y futura a la familia, estima la existencia de circunstancias para limitar temporalmente la pensión. Concluye que:

el cónyuge beneficiario está en disposición objetiva de superar la situación de desequilibrio en un plazo razonable, teniendo en cuenta que lo que se pretende no es equilibrar exactamente economías, evitando también de este modo que la pensión compensatoria se trasmute en una pensión vitalicia a edad tan temprana.

La tesis del plazo como probabilidad cualificada de la pronta superación del desequilibrio también produce situaciones de grave perjuicio para personas mayores y con escasa preparación, por dejarlas en situaciones de precariedad económica. Este es el caso de la SAP Sevilla (S. 2ª) de 31 de marzo de 2008 (JUR 2008,369387), se trata de un matrimonio de 29 años de duración, la esposa tiene 54 años, deficiente estado de salud y escasa cualificación. Lo anterior no es óbice para que se fije una pensión temporal de 5 años y 300 €, argumentándose que esos años son suficientes para que la perceptora de la pensión pueda recuperar y consolidar la capacidad de generar recursos económicos bastantes para procurar la satisfacción de sus necesidades, pese a su deficiente estado de salud. Parecidas soluciones son las de la SAP Murcia (S. 1ª) de 25 de noviembre de 2008 (JUR 2009, 213229), en el caso de un matrimonio de más de 25 años, un hijo menor, que establece un límite de 5 años para la pensión. Finalmente, la SAP León (sección 1ª) de 29 de abril de 2008 (JUR 2008, 331745), establece la temporalidad en 1 año para un matrimonio de 28 años de duración, siendo la edad de la mujer 50 años, cuyo trabajo es el de limpiadora.

V.2. Tesis favorables a la perpetuidad de la pensión

Hoy en día que se va imponiendo la tesis de la preferencia de la temporalidad de la pensión, y del establecimiento de pensiones vitalicias en circunstancias excepcionales. Se aplicará la perpetuidad de la pensión en matrimonios de larga duración, cuando el cónyuge perjudicado cuente con cierta edad, carezca de trabajo y además no tenga una formación adecuada para el acceso al mercado laboral, incluso que tenga una precaria salud. Son frecuentes las sentencias en las que existe una correcta aplicación de este criterio: este es el caso de la SAP de A Coruña (S. 3ª) de 26 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 40167), que desestima que se pueda conceder una pensión temporal a la esposa de 53 años, tras un matrimonio de 35 años, y una cualificación como auxiliar administrativa, con conocimientos de francés y rudimentos de alemán. Se alega que: «sostener que existe una seguridad de que puede encontrar trabajo actualmente, en tiempo de crisis, con su edad, cuando existen ofertas de gente joven, con conocimientos muy actualizados en el uso de la informática, incluso con titulaciones universitarias y dominio del inglés, no puede compartirse». En parecidos términos la SAP Tarragona (S. 1ª) de 16 de febrero de 2010 (la Ley 54395/2010) al decir que «la esposa carece de la posibilidad de obtener ingresos de clase alguna salvo la pensión que por su situación de incapacidad percibe, de cuantía escasa, (571,75 euros) y obviamente sin ninguna posibilidad de incorporarse al mercado laboral [...] se desestima la pensión temporal porque «resulta obvio que no existe posibilidad alguna de que esta se incorpore a corto o medio plazo al mercado laboral por lo que no existe previsión alguna de temporalidad respecto del plazo al que debería limitarse el pago de la pensión por lo que no procede fijar tal limitación». Asimismo la SAP Illes Balears (S. 4ª) de 26 de enero de 2010 (la Ley 7600/2010), para una esposa de 54 años, con cierta minusvalía, «no es factible la temporalidad en la asignación de la pensión, y ello habida cuenta de que las circunstancias personales de la Sra. Amanda, las cuales, aunque no permiten descartar totalmente la posibilidad de su acceso futuro a un contrato de trabajo, tal eventualidad puede resultar compleja, de modo que, si bien no puede descartarse, la entidad de las dificultades presentes impiden, a priori,

constituir una temporalidad en la pensión». La SAP Valladolid (S. 1ª) de 15 de enero de 2010, en el caso de una mujer de 45 años, con total dedicación a la familia durante los 27 años de matrimonio, rechaza la temporalidad alegando que: «el matrimonio ha durado algo más de 27 años, que su esposa se ha dedicado por entero a la familia durante este periodo en el que han tenido tres hijas, siendo aún hoy una de ellas menor de edad, lo que supone deberá continuar su dedicación y atención a la familia, y que dicho matrimonio se contrajo cuando la demandada tenía tan solo 16 años, lo que supone que sacrificó sus posibilidades de formación y desarrollo integral de su personalidad en beneficio e interés de la familia, déficit formativo que en el momento actual puede suponerle un importante *handicap* para lograr a su edad (45 años) y sin ninguna experiencia laboral la incorporación al mercado laboral».

Lo que sí que es cada vez más difícil es encontrar sentencias en las que se defiende la preeminencia de la pensión por tiempo indefinido sobre la temporal. Este sería el caso de la SAP León (S. 1ª) de 3 de marzo de 2008 (JUR 165489) cuando establece que «sólo en casos muy puntuales y excepcionales, podrá ser previsto con antelación el acaecimiento de un hecho futuro y cierto que permita pronosticar la cesación del desequilibrio en un término más o menos próximo».

VI. CONCLUSIONES

La reforma de la Ley 15/2005 ha sido la respuesta del legislador al comentado cambio sociológico del matrimonio, ha supuesto un revulsivo al instaurar un régimen en el que basta el acuerdo de los cónyuges para acceder al divorcio (divorcio-remedio) sin tener que pasar por una previa separación judicial o de hecho. Atrás queda el anterior sistema de divorcio-sanción, de la Ley 30/1981 en el que solo se podía acceder al divorcio en el caso de concurrir algunas de la denominadas causas de divorcio, consistentes bien en demostrar el cese efectivo de la convivencia conyugal o la violación reiterada y grave de los deberes conyugales. No obstante, la nueva regulación mantiene la separación como figura autónoma para aquellos matrimonios que no deseen acudir al divorcio.

El cambio de concepción se ha manifestado con gran fuerza en materia de pensión compensatoria, hasta el punto que podemos afirmar, sin ningún género de duda, que la balanza se ha inclinado a favor de la temporalidad, incluso hacia su inexistencia, por carecer de sentido hablar del carácter indefinido de la pensión a la vista de los principios que inspiran la reforma.⁵⁰ La tendencia es hacer temporal la pensión cuando el desequilibrio es circunstancial y de modo excepcional se pueden fijar pensiones indefinidas en aquellos supuestos de desequilibrios perpetuos.⁵¹

Es criticable, sin embargo, que el cambio jurisprudencial y legislativo respecto a la temporalidad de la prestación por desequilibrio económico no haya sido suficiente para terminar con la inseguridad jurídica en el ámbito de esta institución, puesto que tal como hemos analizado, ante situaciones similares, en ocasiones la respuesta, pensión temporal o indefinida, puede ser completamente diferente según el juzgado ante el que recaiga un asunto. En la doctrina, para terminar con esta especie de lotería, ya hace tiempo que se baraja como solución la de acudir a criterios objetivos como los que proporcionan las denominadas «tablas de baremación»,⁵² tanto para cuantificar las pensiones alimenticias por hijos como las pensiones por desequilibrio económico, así como para fijar la duración de estas últimas.⁵³ Los baremos aportan las siguientes ventajas:

50. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, TERESA, *op. cit.*, p. 220.

51. *Ibidem*, p. 222.

52. CASIO LONGINO («Tablas estadísticas para el cálculo de pensiones alimenticias», *Revista de Derecho de familia*, núm. 4, pp. 23-51), MARFIL GÓMEZ («Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria: La tabulación», *Revista de Derecho de familia*, núm. 6, pp. 23-28); RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI («Las ‘Tablas de Düsseldorf’. El sistema judicial alemán de fijación de pensiones alimenticias», *La Ley*, núm. 6, pp. 1-3); ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA (*La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, pp. 256-257); SAURA ALBERDI (*op. cit.*, pp. 241 y 242), y MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (*op. cit.*, p. 223).

53. El ordenamiento jurídico español cuenta con el precedente de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que en su disposición adicional 8ª introdujo un sistema obligatorio de baremos para cuantificar los daños causados en los accidentes de circulación. Hoy está regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor. Por su exhaustividad e importancia práctica dentro y fuera de su ámbito material de aplicación, los baremos del

a) permiten que a priori se conozca el importe y la duración de la pensión, lo que puede redundar en una disminución de la litigiosidad familiar; y b) un sistema objetivo de valoración cuantitativa y de duración de las pensiones por compensación y alimenticias, basado en baremos, que constituye un instrumento útil para jueces y magistrados a la hora de valorar los daños no patrimoniales, que, además, pone freno a la variabilidad de las indemnizaciones, en función del juzgado en que recaiga el asunto, en favor de la seguridad jurídica.

La utilidad de estas tablas se evidencia por cuanto ya son varias las Audiencias provinciales que están recurriendo a su utilización al menos en el ámbito de las pensiones alimenticias por hijos. Uno de los casos más recientes es el de la Audiencia Provincial de Alicante que en abril de 2009 ha remitido a los jueces y abogados de la provincia un baremo que unifica los criterios sobre el coste de las pensiones alimenticias. Entre las sentencias más recientes a favor de las tablas de baremación, están la SAP Alicante (S. 9ª) de 10 de junio de 2010 (la Ley 134526/2010), que establece que: «consideramos que la cuantía establecida por la sentencia apelada es correcta y prácticamente se ajusta a las tablas estadísticas de pensiones de alimentos que este tribunal viene aplicando»; la SAP Huelva (S. 1ª) de 21 de junio de 2010 (la Ley 167489/2010): «la sentencia debe fijar la cuantía de los alimentos que habrán de ser prestados de acuerdo con las necesidades de los hijos y los medios del padre que es el obligado a prestarlos, lo que en este caso debería hacerse teniendo en cuenta la aplicación de las tablas de cálculo que en otras ocasiones han servido para fijarlos en otros casos similares de esta Sala...»; la SAP Valladolid (S. 1ª) de 15 de enero de 2010: «las cantidades que se propugnan en el recurso –400 € la pensión alimenticia y 700 € la compensatoria–, se ajustan más correctamente a las posibilidades económicas del Sr. Eugenio y a los baremos habitualmente establecidos en esta Audiencia Provincial»; así como la SAP Huelva (S. 1ª) de 30 de diciembre de 2009 (la Ley 312680/2009): «entendemos que la pensión alimenticia del hijo común debe calcularse aplicando las tablas orientativas para su cálculo como viene haciendo este Tribunal». Es de esperar

RDL 8/2004 son el paradigma del sistema de cuantificación tasada de daños en derecho español.

que esta corriente jurisprudencial se vaya expandiendo al resto de Audiencias, y que además su ámbito de aplicación también alcance a las pensiones compensatorias por desequilibrio económico. De ser así, pensamos que no estará lejano el día en que el legislador, como ha sucedido en tantas materias de Derecho de familia, siga esa estela y eleve a rango legal las tablas de baremación en materia de pensiones por desequilibrio y alimenticias.

BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2006): *La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital (De acuerdo a la ley de 8 de julio de 2005 de reforma en materia de separación y divorcio)*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CABEZUELOS ARENAS, A. L. (2005): «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2005», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 69, pp. 1369-1397.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994): «Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal», en *Actualidad Civil*, 1994-4, p. 899.
- CAÑETE QUESADA, A. (2004): «La pensión compensatoria: Una visión de futuro», <http://www.porticolegal.com>.
- CASIO LONGINO, C. (1999): «Tablas estadísticas para el cálculo de pensiones alimenticias», *Revista de Derecho de familia*, núm. 4, julio de 1999, pp. 23-51.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2005): «La duración temporal de la pensión compensatoria. Comentario a la STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1133)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, pp. 277-284.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. y A. GULLÓN BALLESTEROS (2006): *Sistema de Derecho Civil, volumen IV. Derecho de familia*, Tecnos, Madrid.
- GÓMEZ IBARGUREN, P. (2006): «La naturaleza temporal de la pensión compensatoria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 700, pp. 1-6.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. *et al.*, (2008): *Elementos del Derecho Civil, IV Familia*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.
- MARFIL GÓMEZ, J. (2000): «Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria: La tabulación», *Revista de Derecho de familia*, núm. 6, pp. 23-28.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2006): «Temporalidad de la pensión compensatoria en la Ley 15/2005, de 8 de julio», en DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN (coord.), *Comentarios a las Reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, pp. 213-232.
- MORENO QUESADA, B. *et al.* (2005): «La disolución del matrimonio y medidas y efectos comunes», en FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ CALERO (coordinador), *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (2000): «Las ‘Tablas de Düsseldorf’. El sistema judicial alemán de fijación de pensiones alimenticias», *La Ley*, núm. 6, pp. 1797-1801.
- SAURA ALBERDI, B. (2004): *La pensión compensatoria; criterios delimitadores de su importe y extensión*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L. (2003): *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, Lex Nova, Madrid, pp. 256-257.

**DERECHO DE FAMILIA,
EL MATRIMONIO, EL DIVORCIO
Y LAS CONSECUENCIAS
DENTRO DE ESTE DERECHO FAMILIAR
RESPECTO A LA PENSIÓN ALIMENTICIA**

MARTÍN FRAGOSO MIRANDA
*Maestro de carrera de la Facultad de Derecho
Universidad Autónoma del Estado de México*

I. INTRODUCCIÓN

Muchas son las connotaciones que se pueden derivar del análisis de las instituciones del Derecho de familia. En este trabajo abordaremos las relativas a las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, sin dejar de atender algunos conceptos de diferentes tópicos relacionados.

La familia existe desde el momento en que el hombre se situó en la Tierra y decidió dejar su conducta nómada. La atracción sexual, el amor y la procreación,¹ entendidos como el origen del vínculo matrimonial, encuentran en la familia el cauce institucional por el que los individuos se integran en la sociedad. La procreación, dentro de la estructura familiar, adquiere un carácter afectivo que hace posible la crianza y el desarrollo intelectual de los seres humanos, al tiempo que genera responsabilidades que se deben normar.

El matrimonio y la familia son dos instituciones naturales en el sentido de que se derivan de la naturaleza humana y, por tanto, han estado presentes desde que existe el ser humano sobre la Tierra, augurándose que seguirá existiendo mientras haya individuos que participen de nuestra naturaleza, lo que obliga al Estado a atender por ser de orden público.

Cuando ese vínculo se rompe o se resquebraja, las obligaciones contraídas no se disuelven con la misma prontitud o facilidad que pudieran hacerlo, ya que es interés del Estado y de la sociedad en general que se preserven el mínimo de derechos que corresponden a aquellos que inte-

1. MONTERO DUHALT, SARA, *Derecho de familia*, p. 2.

graron de origen la familia, la que si bien ahora pueda estar en desintegración, no por ello se debe abandonar a quienes asiste un derecho fundamental como los alimentos.

Iniciaremos con el conocimiento de algunas definiciones que nos llevarán al análisis del punto total de este trabajo, los alimentos y el reclamo de estos.

El Derecho de familia,² es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros. Tales relaciones se originan a partir del matrimonio y del parentesco.

II. NATURALEZA JURÍDICA

A lo largo de la historia se ha determinado que el Derecho de familia forma parte de la estructura de estudio del Derecho Civil, toda vez que este último se erige sobre la base de la persona individual estimando que las relaciones de familia no pueden quedar regidas solo por criterios de interés individual y la autonomía de la voluntad, sino que gran parte de la doctrina considera que es una rama autónoma del Derecho, con principios propios.

En consecuencia y bajo la idea de independencia o autonomía del Derecho de familia, a través del tiempo diversos estados han creado legislaciones y juzgados especializados en esta materia, denominadas comúnmente «Código de familia» y «juzgados» o «tribunales de familia».

En México, Rojina Villegas³ sostiene que las demás ramas del Derecho Privado tratan de materia patrimonial, mientras que el Derecho de familia la nota principal está dada por la regulación de vínculos no patrimoniales creados por el parentesco, el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos, mediante normas de indiscutible interés público y superior.

2. DE LA MATA, FELIPE y ROBERTO GARZÓN, *Derecho Familiar*, p. 18.

3. BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, *Manual de Derecho de familia*, tomo I, p. 30.

III. CARACTERÍSTICAS

- *Fondo ético*: el contenido de sus normas es más moral que jurídico, fundado en la naturaleza y las necesidades naturales como el amor, la asistencia, la cooperación, por lo que la familia no se haya solo regulada por el Derecho,⁴ pues antes que jurídico, la familia es un organismo ético del que proceden preceptos esenciales que la ley presupone hasta transformarlos en jurídicos.
- *Regula situaciones o estados personales*: el Derecho de familia es disciplina de condiciones personales o estados (de cónyuge, de padre, de hijo, de pariente) que son inherentes a la persona y se imponen como derechos absolutos frente a todos, dentro y fuera del grupo, de las que surgen relaciones económicas llamadas «patrimoniales» en contraposición a las familiares.⁵
- *Predominio del interés social sobre el individual*: hay una primacía del interés social sobre el individuo, al cual se le imponen limitaciones en el principio de la autonomía de la voluntad por encontrarse en sus normas lo siguiente:
 - *Normas de orden público*: son imperativas e indisponibles, es la ley y no la voluntad la que regula el contenido, extensión y eficacia de las relaciones familiares.
 - *Reducida autonomía de la voluntad*: como consecuencia de lo anterior, así como en el Derecho Privado vemos gran autonomía de la voluntad, en la materia familiar el interés individual se sustituye por un interés superior que corresponde a la Familia y, a través de esta, el de la sociedad y el Estado.
 - *Relaciones de familia*: mientras los derechos patrimoniales se asientan sobre bases de igualdad, las relaciones familiares son diversas; de igualdad y reciprocidad, de preeminencia y sub-

4. BELLUSCIO, AUGUSTO, *Derecho de familia*, pp. 29 y 30.

5. CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL F., *La Familia en el Derecho*, p. 155.

ordinación, como los casos de ejercicio de la patria potestad o tutela o la relación entre cónyuges.

Los derechos de familia son, por regla general, inalienables, intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles e inexpropiables, además son habitualmente solemnes, lo que significa que requieren de ciertas formalidades, como en el caso del matrimonio, la adopción, etc., ya que comúnmente no pueden ser objeto de modalidades como estar sujetas a plazo.⁶

IV. INSTITUCIONES DE DERECHO DE FAMILIA

La doctrina ha coincidido en que el Derecho de familia contempla dos instituciones fundamentales que son el matrimonio y la filiación. Además, se resalta el hecho de que la norma destinada a la atención del Derecho de familia, se preocupa de la situación de las personas sujetas a la autoridad de otro, razón por la cual son esos actos jurídicos familiares los de mayor ocupación. Para los efectos de este trabajo, abarcaremos algunos tópicos concernientes solo al matrimonio.

IV.1. Matrimonio

Para Galindo Garfías,⁷ el matrimonio se considera desde dos puntos de vista, como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del acto jurídico de la celebración del matrimonio.

En México, el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal⁸ señala que la institución del matrimonio es la unión de un hombre y una mujer con el propósito de realizar comunidad de vida, con respeto entre ambos, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos.

6. *Idem.*

7. GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *Derecho Civil*, primer curso, p. 473.

8. Código Civil para el Distrito Federal, 2010.

El Código Civil para el Estado de México⁹ define al matrimonio en su artículo 4.1. de la siguiente manera: «El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia».

El Derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: la unión intersexual, es decir, la unión de un hombre y una mujer, y la procreación, que constituye la relación entre padres e hijos, que originan el parentesco.

Desde este punto de vista, se distingue al matrimonio de todas las demás uniones entre un hombre y una mujer no institucionalizadas, como concubinarias, las que carecen de las condiciones establecidas en la ley para ser reconocidas como esta institución del Derecho de familia.

Entre los derechos y obligaciones derivadas del matrimonio, debemos reconocer la necesidad de que rija un principio de igualdad y reciprocidad. Sin duda alguna, de las mayores responsabilidades que se derivan entre los cónyuges al contraer matrimonio, es una interrelación de vida que incluye ciertas conductas, algunas expresadas como obligaciones por la norma jurídica y otras cuyo cumplimiento se ubica en el ámbito interno de los cónyuges. Aunque se tiene que reconocer que aun las reguladas por el derecho tienen un carácter definitivamente ético, porque se confía su cumplimiento a la conciencia y al sentimiento íntimo.

En el Estado de México, el Código Civil establece las obligaciones entre los cónyuges en su artículo 4.16: «Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir a los fines del matrimonio, a socorrerse y respetarse». De igual manera, establece que el sostenimiento económico del hogar corresponde a los cónyuges, quienes contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a sus alimentos y a los de sus hijos, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden (artículo 4.18).

No tiene esta obligación el cónyuge que carezca de bienes propios y esté imposibilitado para trabajar; ni el que por convenio tácito o expreso

9. Agenda Civil del Estado de México, 2010.

se ocupe de las labores del hogar o de la atención de los hijos. En estos casos, el otro cónyuge solventará íntegramente esos gastos.

Sin duda el deber fundamental del matrimonio es la convivencia, que origina otros deberes. La cohabitación es el supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima y necesaria entre los consortes; pero el deber de convivencia supone algo más que vivir juntos, implica un *animus* y un *corpus*. El *corpus* es la convivencia física; el *animus* la voluntad, la intención, el deseo de vivir juntos y mejorar en todos aspectos, empezando por cumplir sus respectivas obligaciones.

En México, las situaciones señaladas en el párrafo anterior traen aparejadas obligaciones de los cónyuges, como las que reporta cualquier contrato; esas obligaciones son de diversa índole. Así, estos contratantes se deben fidelidad recíproca, ambos deben colaborar para la adecuada educación de los hijos, deben colaborar económicamente para los gastos que implica la familia, han de evitar que el matrimonio se disuelva, debe haber entre ellos mutuo respeto y ayuda.

IV.2. Esponsales

Son la promesa de matrimonio mutuamente aceptada; quienes contraen esponsales son esposos (esposo y esposa)¹⁰. Jurídicamente, los esponsales son un contrato de naturaleza preparatoria que conducen al contrato definitivo del matrimonio.

Los esponsales han perdido relevancia jurídica, en parte a la proliferación de costumbres y a la escasa atención que ahora se concede socialmente al matrimonio, aunque todavía perviven en algunas sociedades en la forma del noviazgo. Sin embargo, en otras épocas mucho más afectas a los rituales, de la intención de contraer matrimonio en fecha próxima podían generarse consecuencias bastante serias, tal es el caso de lo sucedido en la Edad Media, en la que, si tenían lugar relaciones sexuales

10. MONTERO DUHALT, SARA, *op. cit.*, p. 83.

entre individuos no casados, se entendía consumado de inmediato el matrimonio, siendo este válido para todos los efectos.

Historia de los esponsales

Existieron los esponsales en Roma, como un pacto previo a la celebración del matrimonio, que de no efectuarse, generaba una acción denominada *actio sponsalitia*, que cayó en desuso y, por lo tanto, solamente quedó la obligación moral, pues no se podía exigir la celebración del matrimonio.

Después, en tiempos del imperio bajo se empezaron a conocer las *arras sponsalicias*, que era un dinero o unos bienes que uno de los promitentes depositaba en manos del otro, como garantía de que cumpliría la promesa, perdiéndolas si incumplía o con derecho a reclamarlas al doble, si él era la víctima del incumplimiento.

Los esponsales dejaban de tener vigencia, por su cumplimiento, por la muerte de una de las partes, por mutuo acuerdo, por decisión de una de las partes o por sobrevenir un impedimento para el matrimonio. Por ejemplo, que una de las partes perdiese la aptitud civil para contraer matrimonio y para permanecer en matrimonio.

La celebración de los esponsales podía llevarse a cabo de distintas formas. En unas ocasiones, la simple promesa producía efectos esponsalicios, en otras era un juramento y la entrega de arras y anillos.

En México la figura de los esponsales, si bien está en desuso, todavía permanece contemplada en diversos códigos civiles de la República Mexicana, así como en el Código Civil Federal. A pesar de lo anterior, debe considerarse que la figura de los esponsales se encuentra tácitamente proscrita por la redacción del artículo 1 de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio y el registro de los matrimonios, que textualmente señala:

No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley.

En este sentido, lo máximo que se podría obtener por medio de la figura de los esponsales es el *resarcimiento de los daños y perjuicios* por los gastos en que hubiera incurrido el cónyuge inocente, sin que en ningún caso se pudiera obligar a contraer matrimonio a quien se negare a ello.

Para el Estado de México, la figura aún regulada en el Código Civil es la de las capitulaciones matrimoniales, que se ubica en el artículo 4.25: «Las capitulaciones matrimoniales son los convenios que los contrayentes o cónyuges celebran para constituir la sociedad conyugal o la separación de bienes y reglamentar su administración». Estableciendo también que pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, y pueden comprender no solamente los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran después (artículo 4.26).

IV.3. Régimen patrimonial

El régimen matrimonial, régimen económico matrimonial o régimen patrimonial del matrimonio, es el estatuto jurídico que regula la relación económica en un matrimonio de los cónyuges entre sí y de estos respecto de terceros.

Tiene gran trascendencia sobre todo en caso de separación matrimonial, en divorcio y en derechos de tipo sucesorio, aunque también tiene gran repercusión frente a terceros en los casos de insolvencia de alguno de los cónyuges, por lo que deberá anotarse en el acta de matrimonio respectivo bajo el título de régimen al que sujetaran su unión, pudiendo ser este de sociedad conyugal o separación de bienes, ordenando que, para el caso de no señalar el tipo de régimen, se entenderá siempre el de separación de bienes.

IV.4. Separación matrimonial

Es una situación jurídica intermedia entre el matrimonio y el divorcio. Se sabe de muchos ordenamientos jurídicos en los que la ley no contempla la posibilidad del divorcio, por motivos principalmente religiosos o culturales, como en el Derecho Canónico, que ha influido mucho en diferentes ordenamientos jurídicos de países de mayoría cristiana. Esto motivó que se creara esta figura entre el matrimonio y el divorcio, que permite que siga existiendo el vínculo matrimonial, mientras que se terminan muchos de los derechos y obligaciones existentes en una pareja casada.

Tiene las siguientes diferencias con el vínculo matrimonial:

- Desaparece la obligación de vivir en el domicilio conyugal.
- Se liquida el régimen económico matrimonial y entonces se rigen por separación de bienes como si no estuviesen casados.
- Se decide la custodia legal de los hijos, el régimen de visitas y la pensión de alimentos en favor de los hijos en su caso.
- Si la legislación lo contempla y si existe desequilibrio económico entre los cónyuges, se puede establecer la pensión compensatoria, también denominada «pensión de alimentos», de un cónyuge al otro.
- Los separados pierden los derechos hereditarios que corresponden a los cónyuges.

La principal diferencia entre la separación y el divorcio es que el matrimonio sigue existiendo. Por este motivo, la persona separada no puede volver a contraer matrimonio, porque incurriría en bigamia, aunque puede divorciarse posteriormente.

IV.5. Separación de hecho y separación judicial

Tiene como común denominador la situación fáctica de separación de la pareja y ruptura de la convivencia.

La separación judicial es la establecida mediante una sentencia judicial e implica un mayor número de efectos jurídicos que la separación de hecho. La liquidación del régimen económico matrimonial, las pensiones y custodias correspondientes, que las dicta necesariamente el juez.

La separación de hecho es una situación fáctica que en ocasiones reconoce algún efecto jurídico, como cuando puede ser una causa para solicitar la declaración de divorcio, tal y como lo contemplan en Chile y España y últimamente en algunas entidades de México.

V. DIVORCIO

El divorcio es la disolución del matrimonio.

En la mayoría de los países occidentales, el matrimonio es una unión entre dos o más personas con un reconocimiento social, cultural y jurídico, que tiene por fin proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia y que conlleva deberes y derechos.

El divorcio está muy reglamentado en muchos países occidentales considerados modernos, sus leyes tienden a dar protección a la mujer y los hijos nacidos en el vínculo disuelto. Muchas veces, los cónyuges (o uno de ellos) pueden desear deshacer el vínculo matrimonial, lo cual se lleva a cabo si en la legislación está permitido, a través de la figura legal del divorcio.¹¹

En algunos ordenamientos jurídicos o religiosos el divorcio no está permitido, entendiéndose que el matrimonio no puede disolverse por la mera voluntad de las partes. Hasta no hace muchas décadas, específicamente antes de 1980, en países con hegemonía católica los divorciados eran estigmatizados por la sociedad. Esto terminó cuando la Iglesia católica reconoció el estado de divorcio.

11. BAQUEIRO, EDGARD y ROSALÍA BUENROSTRO, *Derecho de familia y Sucesiones*, p. 147.

Historia del divorcio

La institución del divorcio es casi tan antigua como la del matrimonio, aunque muchas culturas no lo admitían por cuestiones religiosas, sociales o económicas.

La mayoría de las civilizaciones que regulaban la institución del matrimonio nunca la consideraron indisoluble, su ruptura generalmente era solicitada por los hombres. Aunque en algunas de ellas el nacimiento de un hijo le otorgaba al vínculo el carácter de indisoluble.

En muchas sociedades antiguas también era motivo de muerte, como en la antigua Babilonia,¹² donde el divorcio podía ser pedido por cualquiera de los cónyuges, pero el adulterio de las mujeres era penado con la muerte.

En América, los aztecas solo podían tener una esposa y se la denominaba *Cihuatlantli*, y solo podía tener un número determinado de concubinas, solo la cantidad que pudiera mantener. En este contexto, no desconocían el divorcio, pero debía lograrse por sentencia judicial, que los habilitaba para contraer nuevamente matrimonio.

Entre los hebreos, los varones podían repudiar a sus esposas sin necesidad de argumentar la causa de tal actitud, bastaba con informar al sanedrín. También existía el divorcio por mutuo disenso, pero las razones de las mujeres eran sometidas a un análisis más riguroso que las del hombre.

En el islam, los varones pueden repudiar a sus cónyuges al repetir consecutivamente la expresión «te repudio» (*Talaq, talaq, talaq*) en tres ocasiones.

También en la antigua Grecia existía el divorcio por mutuo disenso y la repudiación, pero el hombre debía restituir la dote a la familia de la mujer en caso de separación.¹³

En Roma, el divorcio era algo poco común hasta la época de los emperadores, en donde se acuñó la máxima *matrimonia debentesse libera* («los matrimonios deben ser libres»), en donde el esposo o la esposa podían renunciar a él si así lo querían.

12. DE LA MATA, FELIPE y ROBERTO GARZÓN, *op. cit.*, p. 172.

13. CHÁVEZ ASENCIO, MANUEL, *La Familia en el Derecho*, p. 401.

Para el cristianismo, Dios crea la pareja humana para que estuvieran unidos de manera indisoluble teniendo como presupuesto la unión del hombre y la mujer, la fidelidad y el amor, el afecto familiar perenne, afirmando su autonomía en una convivencia pródiga en realizaciones personales.¹⁴

La Reforma de Lutero admitió el divorcio para casos muy graves, lo que influenció en Inglaterra asumir esa postura en gran parte debido a que su entonces rey Enrique VIII deseaba divorciarse de su esposa Catalina y no conseguía que la Iglesia de Roma se lo permitiera.

En España, el Fuero Juzgo¹⁵ permitía el divorcio en casos de sodomía del marido, inducción a la prostitución de la mujer y adulterio de esta. Con la promulgación de Las Siete Partidas lo prohibieron.

En 1796, Francia incorporó la ruptura del vínculo matrimonial en la ley promulgada el 20 de noviembre, que sirvió de antecedente a muchas de las legislaciones vigentes.

El divorcio fue introducido en la legislación civil mexicana por decreto de 29 de diciembre de 1914, publicado el 2 de enero de 1915 en *El Constitucionalista*, periódico oficial de la federación que se editaba en Veracruz, sede entonces del primer jefe del Ejército Constitucionalista. En ese decreto, se modificó la fracción IX del artículo 23 de la Ley de 14 de diciembre de 1874, reglamentaria de las adiciones y reformas de la Constitución Federal decretadas el 25 de diciembre de 1873.¹⁶

VI. ESTADO CIVIL

Es la situación de las personas físicas determinada por sus relaciones de familia, provenientes del matrimonio o del parentesco, que establece ciertos derechos y deberes.¹⁷ Por el estado civil se determina si una persona es casada o soltera, si tiene obligación para alimentar a otros. Cuando se produce una ruptura del vínculo matrimonial por el divorcio, an-

14. *Ibidem*, p. 406.

15. GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *op. cit.*, p. 578.

16. DE LA MATA, FELIPE y ROBERTO GARZÓN, *op. cit.*, p. 176.

17. GALINDO GARFIAS, IGNACIO, *op. cit.*, p. 372.

teriormente en México no se podía decir que el estado civil de las personas era de divorciados, sino que era de simplemente «solteros», pues los colocaba en aptitud de contraer nuevo matrimonio. Con las últimas reformas al Código Civil en diferentes entidades mexicanas, como el Estado de México, se incorpora el estado civil de «divorciado», que busca mantener vigentes algunas de las responsabilidades que nacieron con el matrimonio, como los alimentos.

Determinados ordenamientos jurídicos pueden hacer distinciones de estado civil diferentes, por ejemplo, algunas culturas no reconocen el derecho al divorcio, mientras que otras consideran incluso formas intermedias de finalización del matrimonio, como la separación matrimonial. Del mismo modo, en determinados países se contemplan distintas formas de matrimonio, tales como el matrimonio homosexual o la poligamia, lo que lleva a distintos matices del estado civil.

El estado civil está integrado por una serie de hechos y actos de tal manera importante y trascendental en la vida de las personas, que la ley toma en consideración de una manera cuidadosa, para formar con ellos la historia jurídica de la persona.

VII. DERECHO DE ALIMENTOS

Los alimentos, en Derecho de familia, son todos aquellos medios que son indispensables para que una persona pueda satisfacer todas sus necesidades básicas,¹⁸ según la posición social de la familia. Esta alimentación comprende los alimentos propiamente dichos, la educación, transporte, vestuario, asistencia médica, etc., que habrán de darse los cónyuges.

Con el hecho de pertenecer a un grupo familiar, se tiene el derecho y la obligación alimentaria, de esta forma encontramos la primera característica de los alimentos: la reciprocidad. El que los da tiene a su vez el derecho a pedirlos, por lo que surge la caracterización de los alimentos como personales e intrasmisibles.

18. MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Derecho de familia*, p. 450.

De esta manera, la obligación y derecho alimentario se da entre cónyuges, de padres a hijos y viceversa; por imposibilidad de los padres los ascendientes tienen obligación sobre los hijos de sus descendientes y a su vez, por imposibilidad de los hijos, los descendientes más próximos en grado tienen obligación en relación con los padres. También los parientes colaterales hasta el cuarto grado tienen obligación de dar alimentos, solo en el caso de imposibilidad de los anteriores.

Es necesario hacer notar que desde marzo de 1981, México ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en cuyo artículo 16.1 inciso c, se estableció que: «Los Estados partes adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: ... c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución».¹⁹

Actualmente, las disposiciones legales respecto al sostenimiento del hogar son menos discriminatorias al establecer que estará a cargo de ambos cónyuges, otorgando a la mujer la libertad de trabajar, dejando a un lado el paradigma de que debe quedarse al cargo de la dirección del hogar, lo que también implica un reconocimiento a su actividad dentro del hogar, como una forma de apoyo para el sostenimiento doméstico y como una actividad digna de considerarse en términos económicos, pues se consideran como aportación al sostenimiento del hogar la atención y el trabajo en el mismo.

VII.1. Pensión alimenticia

En el Derecho de familia se ampara la necesidad que puede tener una persona de recibir lo que sea necesario para subsistir, dada su incapacidad de procurárselos solo. Dicha obligación recae normalmente en un

19. Organización de las Naciones Unidas, Centro de Información, Nueva York, 1981.

familiar próximo, por ejemplo los padres respecto de los hijos o viceversa; aunque también puede ser otro familiar directo.²⁰

Cuando un juez, mediante sentencia, obliga al pago de cantidades mensuales por este motivo, se le denomina pensión alimenticia. Este es el caso de la pensión que un progenitor debe pagar al otro que convive con los hijos, por concepto de manutención de los mismos, ya sea, durante su separación o tras el divorcio o simplemente porque los progenitores no conviven juntos, como en el caso de hijos extramatrimoniales de padres que nunca han convivido.

El derecho de alimentos se deriva del parentesco, su fundamento es el derecho a la vida que tiene toda persona necesitada.²¹ Para que exista este derecho, se deben dar tres requisitos: debe haber una necesidad en el acreedor; una posibilidad en el deudor que debe darlos, y por último, un parentesco entre ambos. De tal forma que si no existe necesidad, posibilidad o parentesco no puede nacer el derecho de alimentos.

Es un derecho condicional y variable. Es condicional, ya que solo se debe si existe y subsiste la necesidad en el acreedor, y si existe y subsiste la posibilidad del deudor, termina también cuando el deudor alimentista deja de estar en posibilidades de proveer alimentos.

La proporcionalidad es otra característica de los alimentos, ya que la cantidad de la obligación alimentaria se fija en función a la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos. Esto motiva otra característica propia de los alimentos, ser variable, pues nunca una pensión por alimentos, fijada en una sentencia judicial, tendrá validez invariable en el ámbito temporal, pues la proporcionalidad de los alimentos se basa en elementos cambiantes como es la posibilidad del obligado a darlos y la necesidad del acreedor a recibirlos, que en un momento dado pueden provocar el aumento, la disminución o la desaparición de la deuda alimentaria.

Por tratarse de un elemento inherente a la familia, los alimentos son de orden público.²²

20. PERA DUARTE, ALICIA ELENA, *La Obligación Alimentaria*, pp. 18, 19.

21. MONTERO DUHALT, SARA, *op. cit.*, pp. 70, 71.

22. MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *op. cit.*, p. 452.

VII.2. Efectos del divorcio en materia de alimentos

Respecto a la disolución de la sociedad conyugal, el Código Civil vigente en el Distrito Federal señala que el divorcio origina la disolución del matrimonio y trae consigo la disolución de la sociedad conyugal que se hubiere estipulado entre los consortes.

Respecto a la devolución de las donaciones, el artículo 286 dice que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se le hubiese dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a este; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho.

Por lo que hace a la indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, por virtud del divorcio, se comprenden en nuestro derecho daños y perjuicios de orden patrimonial y moral, puesto que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito, de esta manera obliga no solo a reparar el daño patrimonial sino el moral, siempre y cuando este no exceda de la tercera parte de aquel.

La condena del pago de una pensión a cargo del culpable puede no producirse si el juez no lo considera conveniente y también puede condenarse al cónyuge culpable al pago de alimentos, aunque el inocente no se encuentre en estado de necesidad, pues esa pensión no se establece para subsistir, sino como sanción por su culpabilidad en el divorcio, que el juez puede reducir o hasta suprimir en virtud a los hechos que se pongan en su conocimiento.

En los divorcios en los que no existan culpables ni inocentes, no puede condenarse a ningún cónyuge al pago de pensiones, como el caso del divorcio voluntario, o el administrativo que admite la legislación civil mexicana.

Según una antigua tradición, el marido debía mantener a su mujer después de la ruptura matrimonial, costumbre que se explica por el esquema familiar clásico, en el cual el marido tenía a su cargo el sostenimiento de la familia, siendo la mujer la encargada del hogar y del cuidado de los hijos. Las normas que los sistemas jurídicos establecían sobre la pensión tenían presente esta circunstancia.

En las últimas décadas del siglo xx, el aumento del número de divorcios, la cada vez mayor participación de la mujer en el mercado laboral y los idearios feministas han contribuido a perfilar un sistema de pensiones diferente, que toma en consideración los trabajos y salarios de ambos cónyuges, sus necesidades económicas, la custodia de los hijos, las edades de los separados y su nivel de vida durante el matrimonio, sus capacidades y discapacidades e incluso sus respectivas conductas.

Por lo tanto, la obligación alimentaria proviene o tiene su origen en un deber ético, el cual con posterioridad fue acogido por el derecho y se eleva a la categoría de interés social y orden público, por lo que esa obligación jurídica, al no cumplirse, tendrá una sanción que será la condena al pago de una pensión alimenticia fijada por el juzgador, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, esto es, deben ser proporcionados de acuerdo con las posibilidades de quien debe darlos y de las necesidades de quien debe recibirlos.

Debe hacerse notar que los alimentos, por su importancia y trascendencia para la estabilidad de los miembros de la familia, fueron considerados de orden público por el legislador, en los artículos 940 y 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al grado de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha estimado en la tesis jurisprudencial pronunciada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente a la sexta época, la cual se encuentra publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. LX, 4a. parte, p. 20, lo siguiente:

ALIMENTOS. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LOS CONCEDE, ES IMPROCEDENTE OTORGAR LA SUSPENSIÓN. La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que los alimentos son de orden público, porque tienden a proteger la subsistencia del acreedor alimentario, y por ello, de concederse la suspensión contra la resolución que los concede se atacaría al orden público y se afectaría al interés social.²³

Este criterio nos da a entender que es improcedente conceder la suspensión del acto reclamado contra el pago de alimentos, ya que de con-

23. *Semanario Judicial de la Federación*, t. LX, 4a. parte, p. 20.

cederse, se impediría al acreedor alimentario recibir la protección necesaria para su subsistencia, en contravención a las disposiciones legales de orden público que la han establecido, afectándose el interés social.

Sin embargo, en materia de alimentos, no existe en la actualidad una regla establecida por la ley ni por la jurisprudencia en la que se establezca la forma en que deba fijarse el monto de la pensión alimenticia a la que están obligados los deudores alimentarios, esto es, respecto de los cónyuges, cuando uno de ellos no realice un trabajo remunerado o la cantidad que reciba de este sea insuficiente para cubrir sus necesidades alimentarias, de acuerdo con los artículos 301 y 302 del Código Civil del Distrito Federal; en relación a los padres a favor de sus hijos menores o cuando dichos hijos hayan alcanzado la mayoría de edad pero continúen realizando sus estudios acordes con su edad, como se establece en el artículo 303 del mismo código citado; a los ascendientes, respecto de los cuales los hijos y a falta de estos, los descendientes más próximos en grado, están obligados a proporcionar alimentos, cuando esos ascendientes carezcan de los medios económicos para subvenir a sus necesidades alimentarias, en términos de los artículos 304 y 305 de la legislación civil mencionada; y por lo que toca a los hermanos y parientes colaterales, a falta de todos los obligados con anterioridad, así como al adoptante y al adoptado conforme al artículo 307 del referido código.

En efecto, aun cuando el artículo 311 del Código Civil para el Distrito Federal establece que los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos, en dicho precepto legal no se señala la forma en que debe establecerse la proporcionalidad de los alimentos, por lo que tal omisión ha sido suplida con los distintos criterios que ha establecido la justicia federal al respecto.

La legislación civil mexicana no prevé la situación de la mujer que durante el matrimonio se dedicó a las labores del hogar y que, por tanto, es carente de experiencia laboral y capacitación, tampoco la del hombre que asumió esos roles y que al sobrevenir el divorcio se imposibilita para realizar tareas diferentes que le garanticen la supervivencia.

Bajo el sistema de la institución de los alimentos, como se encuentra actualmente legislada, no existe una razón para que entre divorciados se otorguen alimentos, pues la liga jurídica que unía a los esposos se rompe con el divorcio, de modo que quienes fueron marido y mujer se transforman en dos personas ajenas entre sí.

No obstante lo anterior, a manera de excepción a la necesidad de pertenecer al grupo familiar para tener el derecho-obligación a los alimentos, el Código Civil del Estado de Guanajuato,²⁴ en el artículo 342, establece que en los casos de divorcio la mujer inocente tendrá derecho a alimentos mientras no contraiga nuevas nupcias y viva honestamente y que cuando el inocente sea el hombre, este tendrá derecho a alimentos solo que esté imposibilitado para trabajar y no tenga bienes para subsistir.

Debe cuestionarse si efectivamente se trata de una pensión alimenticia o más bien de una indemnización por dar causa al divorcio, que en términos contractuales se podría equiparar a una rescisión del contrato de matrimonio, originando entonces una «indemnización por daños y perjuicios», lo que no reñiría con la necesidad de pertenencia a un grupo familiar, como característica del derecho-obligación a los alimentos. Esta idea daría al divorcio la naturaleza de hecho ilícito, aunque solo en los casos en que implique culpa de alguno de los cónyuges.

No debe confundirse la pensión compensatoria con la de alimentos. Esta pensión se concede al cónyuge perjudicado económicamente por la separación o divorcio, mientras que la pensión por alimentos se refiere a todo lo que es indispensable para el sustento propiamente dicho, la comida, el alojamiento, el vestido y la asistencia médica.

La pensión compensatoria procede cuando el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, y tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en

24. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guanajuato, 2010.

una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.²⁵

En el Código Civil para el Distrito Federal, concretamente en el artículo 288, se prevé que en el caso del divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tendrá derecho a recibir alimentos por el mismo lapso de duración del matrimonio, siempre que no tenga ingresos suficientes y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato, igual derecho le concede al varón imposibilitado para trabajar, cuando concurren idénticas circunstancias.

La razón de ser de esa disposición fue la protección de la mujer casada bajo el régimen de separación de bienes que durante el matrimonio se dedicó a las labores domésticas, que por tanto, ha perdido la habilidad para trabajar en otras tareas. Para el Estado de México, en caso de divorcio por mutuo consentimiento no se podrán solicitar alimentos.

El Código Civil para el Estado de México contempla en su artículo 4.99: «En los casos de divorcio, el cónyuge inocente tendrá derecho a alimentos. En el divorcio decretado con base en la separación de los cónyuges por más de dos años, tendrá derecho a ellos el que los necesite». También establece que, además, cuando por el divorcio se originen daños y perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ello como autor de un hecho ilícito.

No se ha legislado en todas las entidades de México, respecto a los efectos del divorcio en relación a los alimentos para la mujer, que, en cumplimiento cabal de su obligación al sostenimiento del hogar, renuncia a su desempeño laboral para dedicarse a la dirección exclusivamente del núcleo familiar; es decir, se dio un paso al reconocer que son ambos cónyuges los obligados al sostenimiento del hogar, con el reconocimiento legal de que la labor doméstica que en la mayoría de los casos desempeña la mujer, forma parte importante en el sostenimiento del mismo, pero no se establece nada en relación al efecto del divorcio en la economía de la mujer.

25. MUÑOZ, ANA MARTÍN, «Prestaciones económicas establecidas en los procedimientos matrimoniales: la pensión compensatoria y la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad», *Revista Facultad de Derecho*, pp. 471-485.

Algunas legislaciones, han pretendido atender el cuestionamiento que se plantea respecto a la problemática derivada en la mujer que dedicó su vida laboral a las actividades propias del hogar y que llegado el divorcio, se encuentran en una franca desventaja social, al no encontrarse ya en condiciones para entrar al mercado laboral, ya sea por la edad, por la falta de capacitación o por la falta de experiencia en tareas distintas a las de una ama de casa, que han establecido la llamada «pensión compensatoria».

En este sentido, lo señalado anteriormente de acuerdo a lo que dispone el artículo 288 del Código Civil para el Distrito Federal, es propiamente una pensión compensatoria, pues denota claramente la contradicción del Código Civil del Distrito Federal, que por una parte afirma que el derecho alimentario es propio de los integrantes de una familia, mientras que por la otra llama «pensión alimenticia» a la que se deben otorgar los cónyuges después del divorcio, momento en el cual dejan de tener algún vínculo legal.

En México, los jueces de lo familiar pueden ordenar a un cónyuge el pago de pensión alimenticia, aun si no se concreta el divorcio, como lo afirma la Suprema Corte de Justicia de la Nación al aclarar una contradicción de tesis entre tribunales federales, en que la Primera Sala de la Corte estableció que sí es posible resolver el tema de la pensión en favor del cónyuge que demandó el divorcio, aun si esta última pretensión se declara improcedente.

Si en un juicio de divorcio necesario se invoca el incumplimiento del deber de los cónyuges de proporcionarse alimentos y la causal de divorcio resulta infundada, el juez dentro del mismo procedimiento puede decretar una pensión alimenticia a favor del cónyuge actor, para cubrirse dentro del matrimonio subsistente.²⁶

Uno de los tribunales involucrados en la contradicción había considerado que cuando resulta improcedente conceder el divorcio, otras pretensiones deben correr la misma suerte de la petición principal. Pero la

26. Contradicción de tesis 1/90. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto en Materia Civil del Primer Circuito. 11 de junio de 1990. Apéndice 1917-1995, tomo IV, primera parte, p. 28, Tercera Sala, tesis 43; véase la ejecutoria en la obra *Jurisprudencia por Contradicción de Tesis, Octava Época*, tomo IV, p. 119.

Corte estimó que los alimentos –que abarca todo lo necesario para la manutención de la persona– son absolutamente esenciales en materia de derecho familiar, por tanto queda fuera de las reglas ordinarias de cualquier otro juicio civil. Por lo mismo, se autoriza al juez a intervenir de oficio para suplir los principios jurídicos y la legislación aplicable y, por ende, variar el procedimiento para pronunciarse sobre prestaciones que no fueron demandadas en el escrito inicial.

El Código Civil del Distrito Federal señala en las causales de divorcio «el incumplimiento injustificado» de la obligación de proporcionar alimentos, situación que también está prevista en los códigos de las demás entidades federativas mexicanas. La jurisprudencia dictada por la Corte es obligatoria para todos los jueces que conozcan de este tipo de trámites, es decir, todos podrán de oficio determinar el pago de una pensión alimenticia en favor del cónyuge demandante del divorcio, aun cuando no se le conceda la disolución del matrimonio.

Como se ha manifestado en el transcurso de este trabajo, la pensión compensatoria en México aún no es una realidad, pues actualmente se tiene totalmente ligada esta pretensión con la pensión alimenticia, aunque es claro que ya se trabaja respecto a esta idea que en otros países ya se aborda de manera puntual.

Quienes están a favor de este supuesto se fundan en el hecho de que se debe proteger al cónyuge que ha dedicado su vida a su pareja en matrimonio o sociedad de convivencia y al hogar formado, se tenga o no hijos, pues el bien jurídico que se tutela es la seguridad de las personas para que no se vean en desventaja ante la vida, por los años dispensados casi exclusivamente a la atención de la pareja y su entorno.

Los que no comparten esta idea se manejan en el sentido de que solo aquellos matrimonios que rebasen un considerable número de años de matrimonio pueden considerarse en esta situación, pues hoy día son comunes los divorcios y poco permanentes los matrimonios, lo que podría llevar a las partes a buscar el perjuicio del otro por simple capricho o mala asesoría jurídica, siendo incongruente que la energía que dediquen en demandar una pensión compensatoria es la misma o más que la que debieron emplear para sostener su matrimonio o relación de pareja. Pues habida cuenta de tantos y tantos divorcios, en los que el interés econó-

mico es el que lleva esos asuntos a puntos incluso violentos, es que deberá atenderse esta problemática con toda honestidad y responsabilidad.

En primer término, deberá señalarse cuándo debe proceder para los casos de divorcio o separación, esto es, en el voluntario, el necesario o la separación de hecho, puesto que en el necesario ya se empieza a trabajar en el entendido de hacerlo ver como una indemnización a cubrir por el cónyuge culpable, sin embargo, para los divorcios por mutuo consentimiento y el administrativo aún en vigor en la legislación mexicana no se ha llegado a coincidir en todas las entidades federativas mexicanas, respecto a establecer un apoyo económico al cónyuge que al sobrevenir la separación judicial se encuentra en clara desventaja para intentar rehacer su vida por haberse dedicado enteramente a la anterior relación en menoscabo de su persona.

VIII. CONCLUSIONES

Primera: El Derecho de familia es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros.

Segunda: El matrimonio y la familia son dos instituciones naturales en el sentido de que se derivan de la naturaleza humana y, por tanto, han estado presentes desde que existe el ser humano sobre la Tierra.

Tercera: La familia sigue siendo la estructura básica de toda sociedad, en la que deben darse las principales medidas de permanencia y desarrollo de sus integrantes.

Cuarta: El matrimonio es la unión de un hombre y una mujer con el propósito de realizar comunidad de vida, con respeto entre ambos, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos.

Quinta: Las principales obligaciones que derivan del matrimonio son el sostenimiento económico del hogar, que corresponde a los cónyuges, quienes contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a

sus alimentos y a los de sus hijos, sin perjuicio de distribuirse la carga privilegiando la igualdad y reciprocidad.

Sexta: Los esponsales y las capitulaciones matrimoniales son promesas y donaciones que se hacen aquellos que pretenden contraer matrimonio, de las que solo se podrá pedir la reparación del daño y perjuicio contraído por el incumplimiento de esa promesa.

Séptima: El régimen patrimonial del matrimonio reconocido en la legislación mexicana es el de sociedad conyugal o separación de bienes, resaltando el hecho de que, de no designarse expresamente el régimen por el cual se unen en matrimonio, por disposición de la ley se entenderá como separación de bienes.

Octava: El divorcio es la disolución del matrimonio, que deja en aptitud a las partes de contraer nuevas nupcias, con las reservas establecidas en la ley para los casos en que se prohíba expresamente por un periodo determinado.

Novena: Los alimentos en Derecho de familia son todos aquellos medios que son indispensables para que una persona pueda satisfacer todas sus necesidades básicas, según la posición social de la familia. Esta alimentación comprende los alimentos propiamente dichos, la educación, transporte, vestuario, asistencia médica, etc., que habrán de darse los cónyuges.

Décima: La pensión alimenticia en el divorcio es una indemnización de los daños y perjuicios que el cónyuge culpable cause al inocente, puesto que se considera que en el divorcio necesario el cónyuge culpable comete un hecho ilícito.

Decimoprimera: El derecho de alimentos se deriva del parentesco, su fundamento es el derecho a la vida que tiene toda persona necesitada. Para que exista este derecho, se deben dar tres requisitos: necesidad, posibilidad y parentesco, sin los cuales no puede nacer el derecho de alimentos.

Decimosegunda: Actualmente, en México no se ha reglamentado totalmente la pensión compensatoria, la que se liga irremediabilmente con la pensión alimenticia; aunque en algunas entidades federativas se tienen diversos ensayos en este tema, lo que no quita la importancia que reviste el mismo.

Decimotercera: Deberá mediar necesariamente, para el caso de establecer formalmente la figura de la pensión compensatoria, los elementos que la rijan y la integren, privilegiando a aquellos cónyuges que se demuestre hayan destinado su vida al matrimonio en perjuicio de su propio desarrollo, o que por atender enteramente el vínculo contraído, se perdieran la posibilidad de prepararse para enfrentar la vida en soledad.

BIBLIOGRAFÍA

- BAQUEIRO, E. y R. BUENROSTRO (1990): *Derecho de familia y Sucesiones*, Oxford University Press, México.
- BELLUSCIO, A. C. (1975): *Derecho de familia*, Ediciones de Palma, Buenos Aires.
- (2002): *Manual de Derecho de familia*, tomo I, 7ª ed., Atrea, Buenos Aires, p. 30.
- CHÁVEZ ASENCIO, M. F. (1997): *La Familia en el Derecho*, Porrúa, México.
- DE LA MATA, F. y R. GARZÓN (2008): *Derecho Familiar*, Porrúa, México.
- GALINDO GARFIAS, I. (1983): *Derecho Civil*, Porrúa, México.
- GANDULFO R. E. (2006): «La filiación, el nuevo ordenamiento y los criterios para darle origen, factores de determinación y metacriterios de decisión», *Gaceta Jurídica*, núm. 314, Santiago de Chile.
- LÓPEZ FAUGIER, I. (2006): «La Prueba Científica de la Filiación», en Álvarez de Lara (coord.), *Panorama Internacional de Derecho de familia*, tomo II, UNAM, México.
- MÉNDEZ COSTA, M. J. (1984): *Derecho de familia*, Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- (1986): *La Filiación*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- MONTERO DUHALT, S. (1992): *Derecho de familia*, Porrúa, México.
- MUÑOZ, A. M. (2001): «Prestaciones económicas establecidas en los procedimientos matrimoniales: la pensión compensatoria y la pensión

- alimenticia a favor de los hijos mayores de edad», *Revista Facultad de Derecho*, núm. 4, Universidad de Granada, Granada.
- PEÑA BERNALDO DE QUIROZ, M. (1989): *Derecho de familia*, UCM, Madrid.
- PERA DUARTE A. E. (1998): *La Obligación Alimentaria*, Porrúa, México.
- PÉREZ DUARTE y A. E. NOROÑA (1998): «Genética y Filiación. Viejos y Nuevos Problemas en la Reproducción Humana», en Martínez Bullé Goyri (coord.), *Diagnóstico Genético y Derechos Humanos*, UNAM, México.
- ROJINA VILLEGAS, R. (1998): *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, Porrúa, México.
- Agenda Civil del Estado de México (2010): ISEF, México.
- Código Civil para el Distrito Federal (2010): SISTA, México.
- Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guanajuato (2010): Cajica, México.
- Wikipedia, enciclopedia libre. Derecho de familia (www.wikipedia.org consulta de 17/ VII/2011).

El cuarto ejemplar de Diálogos Jurídicos España-México supone el afianzamiento de un proyecto de colaboración interuniversitario iniciado en 2008 entre la Universidad Autónoma del Estado de México y la Universitat Jaume I de Castellón con el objetivo de analizar problemáticas jurídicas de actualidad desde la óptica del derecho español y mexicano lo que resulta una sugerente presentación de las diferencias y aportaciones de ambos ordenamientos.

En el presente volumen se presta especial atención a temáticas de derecho de familia con las contribuciones de los profesores Fayos Gardó, Sánchez Albarrán, Arnau Moya y Fragoso Miranda. La vigente coyuntura económica y sus repercusiones en materia de seguridad social acentúan el interés en esta cuestión que es analizada por las profesoras Vicente Palacio y Beristain Apreza. Por último, las profesoras Senent Vidal e Izquierdo Muciño abordan el estudio de la legislación cooperativa española y mexicana.

Los objetivos de Diálogos Jurídicos se reafirman con esta nueva publicación desde el momento que sirve como foro de participación y de puesta en común entre investigadores de ambos países y permite estrechar unas relaciones académicas y de amistad ya consolidadas.