

## La Industria de la Construcción en la Ley del Seguro Social y sus Reglamentos

*C.P. y M.A. Juliana Rosalinda Guerra González  
L.C.P., LD. y M.S.S. Karla Arlaé Rojas Quezada  
C.P.C. Crispín García Viveros  
C.P.C., L.D. y M.F. José Sergio Ledezma Martínez  
L.C.C., M.I. y M.A. Eduardo López Lozano  
Integrantes de la CROSS Nacional*

### DIRECTORIO

*C.P.C. y Mtra. Diamantina Perales Flores*

**PRESIDENTE**

*C.P.C. y Dra. Laura Grajeda Trejo*

**VICEPRESIDENTE GENERAL**

*Dra. Ludivina Leija Rodríguez*

**VICEPRESIDENTE DE RELACIONES Y DIFUSIÓN**

*P.C.FI. y Lic. Héctor Amaya Estrella*

**VICEPRESIDENTE FISCAL**

*L.C.P. Cristina Zoé Gómez Benavides*

**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN REPRESENTATIVA DEL IMCP ANTE ORGANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL (CROSS)**

*C.P.C. y P.C.FI. Rolando Silva Briceño*

**RESPONSABLE DE ESTE BOLETÍN**



ES  
MIEMBRO  
DE



**“LOS COMENTARIOS PROFESIONALES DE ESTE ARTÍCULO SON RESPONSABILIDAD DEL AUTOR, SU INTERPRETACIÓN SOBRE LAS DISPOSICIONES CITADAS PUEDE DIFERIR DE LA EMITIDA POR LA AUTORIDAD”**

**INTEGRANTES DE LA COMISIÓN REPRESENTATIVA  
ANTE ORGANISMOS DE SEGURIDAD SOCIAL**

L.C.P. Cristina Zoé Gómez Benavides	C.P.C. Jaime Zaga Hadid
C. P. C. y P.C.FI. Javier Juárez Ocoténcatl	L.C.P y P.C.F.I. Rolando Silva Briseño
C.P. y P.C.FI. Fidel Serrano Rodulfo	L.C.P. y P.C.FI. María Dolores Enríquez Medina
C.P.C. y P.C.FI. Arturo Luna López	L.D. José Luis Sánchez García
C.P.C. Leobardo Muñoz Tapia	L.C.P, M.I. y M.A. Eduardo López Lozano
C.P.C. Mauricio Valadez Sánchez	L.C.P. Rodrigo Prieto Sánchez

**REGIÓN ZONA CENTRO**

C.P. y P.C.FI. Edgar Enríquez Álvarez

**REGIÓN ZONA CENTRO ITSMO PENINSULAR**

C.P.C. y M.I. Oscar de Jesús Castellanos Varela C.P.C. José Manuel Etchegaray Morales

Mtro. en Der. Oscar Guevara García C.P.C. y L.D. Francisco Teodoro Torres Juárez

**REGIÓN ZONA CENTRO OCCIDENTE**

Dr. Juan Carlos De Obeso Orendain C.P.C., L.D. y M.F. José Sergio Ledezma Martínez  
C.P.C. Crispín García Viveros L.C.P., LD. y M.S.S. Karla Arlaé Rojas Quezada  
C.P.C. Luis Manuel Cano Melesio C.P.C. José Guadalupe González Murillo

**REGIÓN ZONA NOROESTE**

L.C.P. Didier García Maldonado L.C.P. Roberto Cristian Agúndez Acuña

**REGIÓN ZONA NORESTE**

C.P. y M.A. Juliana Rosalinda Guerra González

## La Industria de la Construcción en la Ley del Seguro Social y sus Reglamentos

*L.C.P. y M.A. Juliana Rosalinda Guerra González  
L.C.P., LD. y M.S.S. Karla Arlaé Rojas Quezada  
C.P.C. Crispín García Viveros  
C.P.C., L.D. y M.F. José Sergio Ledezma Martínez  
L.C.C., M.I. y M.A. Eduardo López Lozano  
Integrantes de la CROSS Nacional*

Es común que al hablar de construcción se consideren sujetos de cumplimiento de obligaciones a todo aquel que interviene en las obras, aunque ello no sea lo correcto de acuerdo con lo dispuesto en la Ley y el Reglamento del Seguro Social Obligatorio para los Trabajadores de la Construcción por obra o tiempo determinado (ROTIC), como se explicará más adelante, por ello será importante saber identificar cuando un patrón es de la industria de la construcción.

Para tal efecto es importante recordar que el artículo 9 de la Ley del Seguro Social (LSS) establece que la determinación de los elementos de la aportación de seguridad social deberá interpretarse y aplicarse de manera estricta, es el caso de la determinación de sujeto, objeto, base y tasa o tarifa.

Entonces debemos analizar el artículo 12 de la LSS que establece en la fracción I a los sujetos y el artículo primero del ROTIC que establece que las disposiciones de este norman las obligaciones y derechos que, conforme a LSS, tienen las personas físicas o morales **que se dediquen en forma permanente o esporádica a la actividad de la construcción y que contraten trabajadores por obra o tiempo determinado**. Por lo tanto, debemos entender que son dos supuestos los que deben concurrir para que se catalogue a un patrón como de la industria de la construcción: Que se dediquen en forma permanente o esporádica a la actividad de la construcción y que contraten trabajadores eventuales.

### 1. Que se dediquen a la actividad de la construcción

El mismo artículo primero fracción II del ROTIC define lo que es una obra de construcción como: *“Cualquier trabajo que tenga por objeto crear, construir, instalar, conservar, reparar, ampliar, demoler o modificar inmuebles<sup>1</sup>, así como la instalación o incorporación en ellos de bienes muebles necesarios para su realización o que se le integren<sup>2</sup> y todos aquellos de naturaleza análoga a los supuestos anteriores”*.

Quiere decir que, cuando un patrón realiza obras que no cumplen con la definición anterior, el patrón no será considerado de la construcción, por ejemplo, todos aquellos trabajos de supervisión, decorativos o instalaciones que no impliquen modificaciones estructurales en el inmueble no serán considerados patrones de la construcción. Sin embargo, las instalaciones, cuando se adhieren al inmueble, forman parte del inmueble y esto nos lleva a que, si se considere parte inherente de la obra y por ello, también se consideran “patrones de la construcción”.

<sup>1</sup> La definición de inmueble aparece en El Código Civil de cada Estado del país.

<sup>2</sup> Solo aquellos que queden integrando el inmueble.

## 2. Que contraten trabajadores por obra o tiempo determinado

En el artículo tercero del referido ROTIC encontramos que *“Los trabajadores contratados por tiempo indeterminado se considerarán como permanentes, aun cuando realicen su trabajo en distintas obras de construcción con el mismo patrón y su aseguramiento se regulará por las disposiciones relativas de la Ley y sus reglamentos aplicables”*.

Por consiguiente, cuando los trabajadores son contratados de manera permanente o indeterminada, no se considerará al patrón como de la industria de la construcción, aun cuando realicen obras de construcción. Es por esto, que se deberá revisar el tipo de contratación de los trabajadores en las obras, pues bastaría con un trabajador contratado por obra o tiempo determinado para que se cumpla este supuesto jurídico.

En resumen, cuando un patrón realiza una obra de construcción y lo hace utilizando trabajadores contratados por obra o tiempo determinado, se entiende que es un patrón de la industria de la construcción, pero cuando uno de los dos supuestos no se configura, a pesar de intervenir en una obra, el patrón no deberá dar cumplimiento al ROTIC y sus obligaciones.

## 3. Características en materia de obligaciones para la industria de la construcción.

Es necesario señalar que únicamente a estos patrones que se dedican a las actividades que se vinculan con la industria de la construcción (en adelante también los mencionaremos como “patrones de la construcción”) deben cumplir con obligaciones específicas, adicionales a las que todo patrón debe cumplir, que derivan de las disposiciones de la LSS y sus reglamentos.

Dentro de las obligaciones específicas se encuentra la clasificación para efectos del seguro de riesgos de trabajo, atendiendo a lo que establece el artículo 196 del Reglamento de Afiliación Clasificación de Empresas Recaudación y Fiscalización (RACERF), correspondan a la “división 4 industria de la construcción”, de los cuales, la propia LSS en su artículo 15 fracción VI, establece diferencia en relación a la totalidad de patrones, al señalar que *“tratándose de patrones que se dediquen en forma permanente o esporádica a la actividad de la construcción...”*, que en suma permite concluir que sólo esos patrones atenderán las obligaciones específicas que estamos abordando en estos comentarios.

En la práctica se enfrenta el problema de aquellos patrones que participan como suministradores de algún elemento de una construcción pero que su clasificación para efectos del seguro de riesgos de trabajo no corresponde a la división 4, que al proporcionar algún elemento este debe ser instalado en dicha construcción y que por la vinculación que tienen con quien les contrata, se ven obligados a registrar la obra en el Sistema Integral de Registro de Obra de Construcción (SIROC), surge la interrogante respecto a determinar, si el hecho de hacer el registro que se comenta involucra el cumplimiento de las obligaciones específicas para un patrón de la construcción, lo cual en nuestra opinión no es así, puesto que en el artículo 1 del ROTIC se define, para esos fines, como patrón que se dedica a la actividad de la construcción al contratista (el cual es contratado por un propietario de obra para llevar a cabo esta a precio alzado o bajo el sistema de precios unitarios) o al subcontratista (aquel que es contratado por el contratista para que ejecute parte o partes de la obra, para lo cual debe contar con elementos propios para ello) siempre que los contrate de manera eventual, por lo cual es recomendable que la vinculación que se genere en los casos en comento surja de un contrato de suministro con instalación del bien o producto que se entregue, pero evitando celebrar un contrato de subcontratación de obra; igualmente es importante considerar, para tener una mayor claridad de lo anterior, el RACERF, en su artículo 196 se incluye dentro de la división 4, el grupo 42 que se refiere a trabajos realizados por contratistas especializados, que corresponden a las actividades de un subcontratista. En el supuesto de que el que contrata establezca como condición que se celebre un contrato de subcontratación de obra, resulta conveniente plantear específicamente la consulta al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) sobre

las obligaciones a cumplir considerando las características del patrón y de la operación que habrá de celebrarse atendiendo al contrato que se establezca, para evitar actos de molestia innecesarios.

#### 4. Obligaciones que deben atender los patrones de la industria de la construcción.

Por cuestiones de economía en el texto, solamente abordamos, las obligaciones específicas para los patrones de la construcción.

Entre ellas está el “*deber*” de llevar registros, entendiendo por estos como su contabilidad y de manera específica los que se refieren a la nómina o lista de raya, por obra. Obligación que tiene su origen en la fracción II del artículo 15 de la LSS, que establece dicha obligación, al señalar expresamente que debe atenderse a los datos que exijan esa ley y sus reglamentos, de ahí que debe cumplirse lo que previene el artículo 9 del RACERF que, en su párrafo final, señala que los registros a que se refiere la fracción y artículo antes citados deben hacerse “por cada una de sus obras”, subrayando que esta obligación es para todos los patrones de la construcción.

Además se observa que otras obligaciones específicas se previenen en la fracción VI del artículo 15 antes citado, a expedir y entregar a cada trabajador constancia del número de días trabajados y del salario percibido e igualmente la obligación de cubrir las cuotas obrero patronales, aún en el caso de que no sea posible determinar el o los trabajadores a quienes se deban aplicar, por incumplimiento del patrón, a las obligaciones previstas en las fracciones I a V del mismo numeral; esta última obligación resulta relevante, puesto que es la que da lugar al cobro por parte del IMSS de las cuotas señaladas de manera presuntiva o estimada, y que se fundamenta en la imposibilidad de identificar a los trabajadores que participaron en la obra de que se trate por el incumplimiento de las obligaciones indicadas, lo cual confirma la importancia de llevar los registros por obra.

Dicha circunstancia se facilita a partir del inicio de vigencia del aplicativo conocido como SIROC, que dio lugar a que se actualizará el sistema único de autodeterminación (SUA), que incluye la facilidad de contar con el “registro de obra”, que permite identificar a los trabajadores que participan en una obra con base en el registro de esta, en el aplicativo mencionado.

Adicionalmente podemos señalar que en el artículo 8 del RACERF, se precisa que la constancia que previene la fracción VI del artículo 15 de la LSS, debe tener datos que permitan identificar la ubicación de la obra.

También en el artículo 13 del mismo RACERF, se identifica la obligación de tener un registro patronal por cada establecimiento o centro de trabajo, que en el caso de la construcción implica un registro por cada obra u obras que se ubiquen dentro de un mismo municipio o bien de la ciudad de México; algo importante a destacar es que en el mismo artículo podemos encontrar la definición de los patrones que esporádicamente se dedican a la construcción y que son aquellos que “*realizan en forma ocasional actividades de ampliación, remodelación o construcción en sus propias instalaciones*”, a quienes se les asignará un registro patronal distinto al de su actividad principal.

Finalmente es necesario precisar que en interpretación del artículo 1 del ROTIC, las reglas que comprende ese, sólo le corresponde a quienes además de que se dediquen en forma permanente o esporádica a la actividad de la construcción y contraten trabajadores por obra o tiempo determinado, a contrario sensu a los que sólo contratan trabajadores permanentes, es decir por tiempo indeterminado, no les aplica dicho reglamento y por lo tanto da lugar a una de las mayores discusiones sobre el tema, que necesariamente debe ser tratado por separado, sin embargo podemos afirmar que estos últimos no están obligados a cumplir con el ROTIC, pero debemos señalar que en consecuencia tampoco habrán de beneficiarse con aquello que deriva de las disposiciones que comprende el mismo, dentro de las cuales podemos señalar que son las que se refieren a la determinación de la responsabilidad solidaria y a la

posibilidad de demandar la preclusión de la facultad de revisión que deriva del artículo 12-A del reglamento en comento.

La obligación fundamental que deriva del ROTIC se refiere al registro de la obra, lo cual, en una interpretación armónica de la disposición, podemos señalar que se cumple atendiendo los aspectos que contempla el SIROC y que es lo que da lugar a la fiscalización específica de este tipo de patrones.

## 5. Procedimientos para acreditar el cumplimiento de obligaciones.

De manera expresa no existe ningún procedimiento previsto en las disposiciones legales vigentes para lograr el acreditamiento o la obtención de una constancia de cumplimiento y que anteriormente estaba previsto en el artículo 15 del ROTIC, disposición que fue derogada el 4 de marzo de 2008. Cabe señalar que lo anterior da lugar a una práctica a la cual normalmente acuden los contratantes de obra privada; y que consiste en retener un importe a sus contratados y exigir, para su devolución, un oficio de cumplimiento del IMSS, oficio que NO existe desde la derogación en mención, pretendiendo con ello obtener una supuesta cobertura de su responsabilidad solidaria.

En consecuencia, podemos afirmar que el único medio alternativo, para acreditar el cumplimiento de las obligaciones es el dictamen ante el IMSS ejecutado por contador público autorizado, por ejercicio o por obra, ya que el mismo involucra la manifestación del correcto o en su caso inadecuado cumplimiento de las obligaciones.

También resulta prudente comentar que el procedimiento que contempla el RACERF, que se denomina como "solicitud de corrección", no está previsto como un medio para acreditar el cumplimiento de obligaciones, ya que el mismo tiene como fin, permitir que el patrón que lo utiliza, sabe que tiene que corregir el cumplimiento de esas, que en realidad se refiere a la obligación de contribuir, tan es así que si al culminar el procedimiento en comentario no hay cuotas a pagar, no existe ningún documento que lo avale; esto sin desconocer que es el mecanismo al que normalmente los representantes del IMSS inducen a los patrones que se acercan con ellos en busca del mecanismo para acreditar cumplimiento de obligaciones, y que no son asesorados adecuadamente.

## 6.- Fiscalización en Patrones de la Construcción

Para el caso que nos ocupa es importante partir del supuesto de que las aportaciones de seguridad social tienen la característica de ser autodeterminables por lo que el patrón al ubicarse en el supuesto de ser sujeto obligado (revisar los artículos 5-A fracción VIII, 12, 13, 229, 230, 241 y 250-A de la LSS) en adelante debe realizar los cálculos necesarios para conocer en cantidad líquida las cantidades a cubrir en el plazo establecido por la LSS, en el caso de no cumplir en tiempo y forma han de causarse los accesorios como recargos y multas, además de la respectiva actualización.

El IMSS, por disposición de ley es caracterizado como un organismo fiscal autónomo<sup>3</sup> por lo que para ejercer los actos de recaudación y fiscalización no debe acudir a ninguna otra autoridad para llevarlos a cabo por ser un organismo descentralizado que tiene el carácter de autoridad fiscal.

La autodeterminación implica en sí, un grado de confianza hacia el contribuyente, considerando que las cantidades que se han entregado al Estado son correctas de acuerdo a las hipótesis establecidas en la ley, sin embargo en todo tiempo la autoridad fiscal puede ejercer sus facultades de comprobación para verificar tal circunstancia y en su caso determinar las contribuciones, corregir errores, ordenar y practicar

<sup>3</sup> Cuando así lo prevea la LSS, artículos 5 y 287.

visitas domiciliarias y requerir la exhibición de libros y documentos, a fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones que establece la Ley y demás disposiciones aplicables

Para realizar las funciones que realiza en la parte fiscal, la ley establece las facultades y atribuciones con las que cuenta el IMSS, en el artículo 251 el que establece, entre otras la posibilidad de determinar los créditos a favor del Instituto y las bases para la liquidación de cuotas así como sus accesorios y fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos; determinar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones incumplidas por los patrones y demás sujetos obligados en los términos de la LSS, aplicando en su caso, los datos con los que cuente o con apoyo en los hechos que conozca con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación de que goza como autoridad fiscal o bien, a través de los expedientes o documentos proporcionados por otras autoridades fiscales; ordenar y practicar visitas domiciliarias con el personal que al efecto se designe y requerir la exhibición de libros y documentos, a fin de comprobar el cumplimiento de las obligaciones, incluso fincar responsabilidad solidaria.

Los patrones de la construcción no son la excepción de la aplicación de la LSS, puesto que de acuerdo con la misma, el artículo 12 establece que son sujetos obligados los que se encuentren vinculados por virtud de una relación laboral de conformidad con la Ley Federal del Trabajo (LFT), donde se destaca que la relación laboral es la prestación de un servicio personal subordinado a cambio de un salario, por lo que basta que existan esos elementos para tener que cumplir con lo dispuesto en la LSS.

### **7.- Determinación presuntiva de cuotas.**

El punto de partida para ser sujeto del régimen obligatorio es la existencia de la relación laboral de conformidad con la LFT, las aportaciones de seguridad social se determinan aplicando las tasas a las bases establecidas por la norma y corresponde al patrón o sujeto obligado la determinación de las cuotas a su cargo, ello constituye en primer término un grado de confianza hacia los patrones, considerando que las cuotas se han pagado correctamente, en alcance a ello existe la fiscalización que realiza la autoridad fiscal que consiste precisamente en la verificación del correcto cumplimiento de las obligaciones, atendiendo a las facultades que le han sido dadas por la ley, en ese sentido debe recordarse que las autoridades pueden hacer solo aquello que les está permitido y con las reglas establecidas en protección al ciudadano.

En esa determinación deben tomarse en consideración los elementos de la contribución, a saber, la base de cotización y las tasas establecidas en la LSS para cada una de las ramas del seguro social de acuerdo con lo dispuesto legalmente, tomando en consideración que la base la constituyen todas las cantidades que se entreguen al trabajador por su trabajo excluyendo los conceptos y montos permitidos en el artículo 27 de la LSS.

En el ejercicio de las facultades de comprobación las autoridades pueden solicitar la información necesaria para verificar el cumplimiento de las obligaciones en el entendido que la determinación de contribuciones puede hacerse sobre una base cierta que consiste en el análisis documental y circunstancialmente material por parte del patrón, de tal manera que le permite realizar los cálculos necesarios para determinar la cuantía de las obligaciones; o bien puede hacerse sobre una base estimada o presunta por parte de la autoridad cuando la ley lo permite y atendiendo a que no existen los elementos para cuantificar, con ello se tomen en cuenta otros elementos obtenidos diversos medios, pero en todo caso esas estimaciones no pueden ir más allá de lo razonable.

En todo tiempo las autoridades en el ejercicio de sus facultades deben fundar y motivar sus actos, ceñirse a lo dispuesto en el marco normativo respetando siempre el principio de legalidad que implica que cualquier carga que se establezca a los particulares debe contenerse en una ley, así entonces en el momento en el que la autoridad pretende determinar cargas debe definir de manera clara y precisa las disposiciones legales aplicables al caso concreto, verificando que la realidad coincida con la hipótesis, de

manera contraria nos encontraremos ante una arbitrariedad que puede devenir en una ilegalidad y finalmente en la nulidad de los actos.

Un mecanismo especial, como se ha comentado, para la cuantificación de las cuotas obrero patronales lo constituye la determinación presuntiva contemplada en el artículo 39 C de la LSS y que trasciende en un momento especial al ROTIC en su artículo 18, así nos encontramos ante las presunciones en materia tributaria que consiste precisamente en facultar a la autoridad a tener por probado un hecho a cargo del contribuyente para evitar el incumplimiento, desde luego siempre y cuando se ubique en lo supuestos establecidos en la ley.

El hecho de que las autoridades determinen de manera presunta hace que se determinen diferencias por cuotas obrero patronales (COP) a cargo, causando un perjuicio adicional como consecuencia de las omisiones, actualización, sanciones y recargos, por ello en principio debe recomendarse cumplir con lo dispuesto en la LSS de manera correcta y oportuna, luego en el extremo, verificar los supuestos en que la autoridad verdaderamente está facultada para hacerlo con el mecanismo especial y no permitir arbitrariedades en aras de la recaudación.

En la aplicación de este precepto, debe observarse que el punto de partida es la facultad discrecional que se otorga a la autoridad, lo que implica que la autoridad pueda hacer, en un caso concreto, una apreciación con vistas en la oportunidad o en razones de orden público, técnico o de equidad, pero siempre con los límites consignados en la ley, que las circunstancias del acto estén perfectamente delimitadas en las normas legales aplicables y no se deja a la autoridad el poder de obrar según su prudente arbitrio por lo que para poder ejercer esa facultad, primero debe estarse en los supuestos que establece la norma, en este caso, que el patrón o sujeto obligado no cubra oportunamente el importe de las COP o lo haga en forma incorrecta, o bien como se dispone en el segundo párrafo, cuando se detecten errores u omisiones de los que se derive incumplimiento parcial en el pago de las cuotas, con lo que la autoridad no puede ejercer esa facultad discrecional, si antes no se han dado los supuestos.

Aún en el extremo en que se haya ubicado en el supuesto, debe tomarse en cuenta que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 191 del Código Federal de Procedimientos Civiles, “las presunciones sean legales o humanas, admiten prueba en contrario, salvo cuando para las primeras exista prohibición expresa”, por lo que si el patrón aporta los elementos necesarios para determinar la cuantía de las obligaciones que desvirtúen las presunciones, la autoridad debe tomarlo en cuenta en primer término y solo en caso que realmente sean insuficientes, hacerlo de manera presuntiva; en ello debe recordarse que de conformidad con el artículo 68 del Código Fiscal de la Federación (CFF), los actos y resoluciones de las autoridades fiscales se presumirán legales. Sin embargo, dichas autoridades deberán probar los hechos que motiven los actos o resoluciones cuando el afectado los niegue lisa y llanamente, a menos que la negativa implique la afirmación de otro hecho.

Un aspecto particular de determinación presuntiva se encuentra en el artículo 18 del ROTIC, estableciendo su aplicación como punto de partida, cuando el patrón no cumpla con las obligaciones a su cargo previstas en la LSS y en sus reglamentos, caso en el que serán notificados por el IMSS, para que dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquél en que surta efectos la notificación respectiva, le proporcionen los elementos necesarios para determinar el número de trabajadores, sus nombres, días trabajados y salarios devengados que permitan precisar la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones incumplidas.

Es fundamental precisar que de conformidad con la fracción VI del artículo 15 de la LSS esta hipótesis se surte al incumplir los patronos de la construcción las obligaciones de las fracciones I a V de este numeral y debiere ser solamente en ese caso, sin embargo, en la práctica, es común que el IMSS señale el incumplimiento—inmotivado, es decir, sin precisarlo, de los patronos de la construcción, para incoar el procedimiento señalado.

En esta primer hipótesis se observa que la solicitud de información es para determinar de manera cierta las COP, de tal forma que en el caso de cumplir los requerimientos de información, aportando todos los elementos, de ninguna forma existe necesidad de determinarlas de manera presuntiva, ya que el segundo párrafo del mencionado artículo contiene el supuesto para que se pueda determinar de manera presuntiva, disponiendo que “transcurrido dicho plazo sin que el patrón haya entregado tales elementos, el Instituto, en ejercicio de sus facultades, fijará en cantidad líquida los créditos cuyo pago se haya omitido, aplicando en su caso, los datos con los que cuente y los que de acuerdo con sus experiencias considere como probables, siguiendo a tal efecto, el procedimiento que a continuación se detalla...”, finalmente deja la oportunidad expresa para que se realicen las aclaraciones que estime pertinentes.

Históricamente el patrón de la construcción se encuentra a expensas de criterios de funcionarios que pretenden arbitrariamente determinar cuotas de manera estimada tomando como base el segundo párrafo del artículo 18 del ROTIC y desde luego el procedimiento ahí establecido aun y cuando el procedimiento y elementos para el efecto no están contenidos en la LSS; en efecto, los procedimientos para la determinación presuntiva que parten de los metros cuadrados y la calidad o tipo de la construcción o un factor para obra pública no tienen paralelo en la LSS por lo que podríamos arribar a la conclusión que violan diversos derechos humanos como la Reserva de Ley y Legalidad Tributaria.

Aun cuando hubiese incumplimientos patronales, si el patrón ha cumplido entregando toda la información que permite cuantificar de manera cierta y en atención al primer párrafo, debería ser motivo suficiente para eliminar la presuntiva, al contar la autoridad con los elementos para determinar existencia y la cuantía de las obligaciones a cargo del patrón de la construcción.

La insistencia en la aplicación de la estimativa por parte de la autoridad se debe entre otras:

- 1) A la intención maliciosa de concluir de manera rápida con una determinación,
- 2) Agilizar e incrementar la recaudación
- 3) Porque el patrón de la construcción lo permite, en muchas ocasiones generado por el compromiso que ha adquirido con sus clientes de entregar un oficio de conclusión de obra y entonces liberar algunos fondos finales como pago del contrato,
- 4) por el desconocimiento total de los auditores que no conocen otra forma de calcularlo, más que con el llenado de algún formato de Excel que les permite pensar lo menos, ya que es más cómodo aplicar un factor que hacer análisis de cada uno de los elementos, en perjuicio del patrón
- 5) Por considerar que la información aportada ha sido “insuficiente” lo que también debe motivarse debidamente por la autoridad.

Así las cosas, en el caso de que pretendan que ha sido insuficiente la información, se encuentran obligados (en este caso la Autoridad) a informar las razones por las que consideran insuficiente para cuantificar, de no hacerlo deviene en ilegal su procedimiento, pero más aún, cuando se han entregado los elementos de ninguna forma pueden estimar las cuotas sino hacerlo con lo aportado, en tal sentido, por su relevancia, insertamos la siguiente tesis:

VII-J-SS-134

*DETERMINACIÓN PRESUNTIVA. SUPUESTO EN EL QUE NO PROCEDE CONFORME AL ARTÍCULO 18 DEL REGLAMENTO DEL SEGURO SOCIAL OBLIGATORIO PARA LOS TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCIÓN POR OBRA O TIEMPO DETERMINADO.- El artículo 18 del Reglamento del Seguro Social Obligatorio para los Trabajadores de la Construcción por Obra o Tiempo Determinado establece la facultad del Instituto Mexicano del Seguro Social para que, en el ejercicio de sus facultades de comprobación requiera a los patrones que no cumplan con sus obligaciones, la información y documentación que contenga los elementos necesarios que le permitan determinar la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones incumplidas. Así, se entenderá cumplido el requerimiento cuando el patrón entregue la información y documentación señalada en el artículo 15 de la Ley del Seguro Social, que en el caso resultan ser los registros tales como nóminas y listas de raya en las que se*

asiente el número de trabajadores, sus nombres, número de días trabajados y los salarios, además de otros datos que exijan la Ley del Seguro Social y sus reglamentos, que sean necesarios para dicha determinación. Sin embargo, **no es procedente la determinación presuntiva de las cuotas obrero-patronales, si la información y documentación exhibida por el patrón contienen los elementos necesarios e idóneos que permitan a la autoridad determinar la existencia, naturaleza y cuantía de las obligaciones a cargo del patrón<sup>4</sup>.**

*Contradicción de Sentencias Núm. 10439/12-17-08-8/YOTROS2/1772/13-PL-07-01.- Resuelta por el Pleno de la Sala Superior del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en sesión de 19 de febrero de 2014, por unanimidad de 10 votos a favor. - Magistrada Ponente: Magda Zulema Mosri Gutiérrez. - Secretario: Lic. José de Jesús González López. (Tesis de jurisprudencia aprobada por acuerdo G/76/2014)*

*R.T.F.J.F.A. Séptima Época. Año IV. No. 40. Noviembre 2014. p. 59*

Finalmente es de decirse que en materia de construcción, en el caso que se haya efectuado el registro de obra y presentado el aviso de terminación relativo, las autoridades tienen un plazo establecido de noventa días hábiles para verificar y, en su caso, resolver, sobre el cumplimiento de las obligaciones del patrón previstas en la LSS y el ROTIC relativas a la obra terminada, de acuerdo a las reglas contenidas en su artículo 12-A del ROTIC, y en el caso de que el IMSS no ejerza la facultad de comprobación en ese plazo, se considerara que el patrón cumplió con las disposiciones de la LSS y sus reglamentos respecto de la obra de que se trate. Es decir que el artículo 12-A establece una preclusión<sup>5</sup> de facultades de la autoridad en los casos que el patrón haya presentado registro de obra y aviso de terminación.

## 8.- Responsabilidad solidaria

Responsabilidad, por si implica la habilidad para responder de algo, propio o ajeno, es enfrentar el cumplimiento de una obligación bien de manera voluntaria o por disposición de ley, en el aspecto fiscal se establece la figura de la responsabilidad solidaria para definir quienes son las personas que deben cumplir respecto de algunas obligaciones.

En este sentido, es de observarse que, en materia fiscal, existe un sujeto directo o primario que es quien debe cumplir en primer término al ubicarse en los supuestos que la ley plantea para la causación de contribuciones, luego ante el incumplimiento de la obligación sustantiva de pagar, la ley establece entonces quienes deben hacer frente a ello, definiendo los supuestos para que terceros tengan esa carga, esos son los responsables solidarios.

La LSS establece en el artículo 15-A que cuando un patrón o sujeto obligado, en virtud de un contrato, como parte de las obligaciones contraídas, ponga a disposición trabajadores u otros sujetos de aseguramiento para que ejecuten los servicios o trabajos acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, en las instalaciones que éste determine, el beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones establecidas en la LSS en relación con dichos trabajadores, en el supuesto de que el patrón omita su cumplimiento, siempre y cuando el Instituto hubiese notificado previamente al patrón el requerimiento correspondiente y éste no lo hubiera atendido y además el Instituto haya dado aviso al beneficiario de los trabajos o servicios, del requerimiento.

En ese alcance de responsabilidad se observa que se establece como primer supuesto básico el que los trabajadores que ejecuten las obras o presten los servicios bajo la dirección del beneficiario, de tal manera que si no existe esa circunstancia no se abre el umbral hacia la responsabilidad solidaria, luego la segunda que exige que el patrón sea omiso en el cumplimiento de las obligaciones, donde se hace exigible legalmente que la autoridad ejerza sus facultades para agotar la imposibilidad de pago del

<sup>4</sup> El resaltado es nuestro.

<sup>5</sup> Un plazo único en que el IMSS debe pronunciarse; de no hacerlo perderá su posterior posibilidad de efectuarlo.

obligado primario puesto que la LSS y determina en todo caso que se requiera primero al deudor principal y éste no atiende o no tenga bienes para solventar su responsabilidad.

Así las cosas, en el caso de la industria de la construcción debe observarse que deben seguirse las mismas reglas establecidas en la ley, sin embargo se observa como en la práctica, con frecuencia y de manera arbitraria, las autoridades pretenden que el beneficiario de los servicios u obras en el caso de subcontratación, sean responsables solidarios incluso sin que se pongan a disposición de los beneficiarios a los trabajadores ni mucho menos se ejerza dirección, ello cuando el subcontratista no ha cumplido con sus pagos.

Por tanto, el patrón de la construcción para no verse en esta contingencia debe tener perfectamente identificable el cumplimiento de sus obligaciones directas que como patrón debe observar respecto de sus trabajadores, así mientras se hayan inscrito a los trabajadores y pagado las cuotas de manera correcta, las autoridades se encuentran obligadas a revisar si la determinación con los elementos que se aportan fue correcta, en caso de que se asevere que no lo es, deberán fundar y motivar lo suficiente para no dejar en estado de indefensión al sujeto que pretenden obligar.

Un elemento fundamental al respecto es la existencia de un contrato, en términos del artículo 5 del ROTIC para evitar la responsabilidad solidaria.

## **9.- Medios de Defensa Administrativa y Jurisdiccional.**

Cuando el particular considera que se ha afectado su esfera jurídica, tiene la posibilidad en todo tiempo de defenderse y presentar todas las pruebas necesarias para demostrar esas violaciones, donde la parte más importante está en convencer a la autoridad resolutora o juzgador que se tiene la razón, para que entonces se anulen todos los actos de la autoridad emisora del acto.

Para ello existen ciertos medios que permiten acceder a la justicia, respecto de actos y resoluciones definitivos dictados por las autoridades, donde la pretensión especial del particular es anularlos; la aclaración administrativa, el recurso de inconformidad, el juicio contencioso administrativo ante el TFJA conocido como “de nulidad” y el juicio de amparo. También Se puede acudir en procedimiento de queja ante la Procuraduría de Defensa del Contribuyente (PRODECON)

### **A. Aclaración Administrativa**

Es un medio que tienen los patrones para hacer las aclaraciones correspondientes en los casos en que el IMSS revise las cédulas de determinación pagadas por los patrones y en ello detecte errores u omisiones que generen diferencias en el pago de las cuotas; en ese caso, el patrón podrá, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que surta sus efectos la notificación, formular aclaraciones en la subdelegación que corresponda su registro patronal, las que deberán estar debidamente sustentadas y sólo podrán versar sobre errores aritméticos, mecanográficos, avisos afiliatorios presentados previamente por el patrón al IMSS, certificados de incapacidad expedidos por éste o situaciones de hecho que no impliquen una controversia jurídica.

Al efecto la autoridad resolverá en un plazo de veinte días siguientes a la presentación del escrito, a lo que puede recaer la cancelación del crédito fiscal respectivo en el caso de que los documentos y aclaraciones sean suficientes, o bien cuando de manera parcial se aclare, puede emitir un nuevo crédito fiscal; finalmente si la aclaración resultara improcedente, el crédito fiscal se considera firme, la presentación de la aclaración suspende el plazo para interponer el recurso de inconformidad de acuerdo a la fracción VII del artículo 151 del RACERF.

**B. Recurso de Inconformidad**

El Recurso de Inconformidad se establece en el artículo 294 de la LSS y en el Reglamento de la materia.

Es un recurso administrativo que se presenta ante el Consejo Consultivo Delegacional del IMSS a quién se le señalan diversas ilegalidades de forma y de fondo en la actuación de las áreas de fiscalización en ánimo de que las revoquen.

Tiene la ventaja que, si se solicita y fundamenta adecuadamente, no es necesario garantizar el interés fiscal.

Al confirmar los actos, procede acudir a un verdadero litigio administrativo, en la vía jurisdiccional, el llamado Juicio de Nulidad.

**C. Juicio de Nulidad.**

Se interpone ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) dentro de los treinta días siguientes al acto de molestia, puede acudirse a este proceso sin haber agotado el Recurso de Inconformidad, pues este último es opcional.

**D. Juicio de Amparo**

Es la última instancia de defensa y se interpone cuando en el procedimiento llevado a cabo por la autoridad, en este caso el IMSS, existen violaciones a los Derechos Humanos de los patrones o trabajadores, en su caso. Es el último recurso ante la determinación de contribuciones y procede contra la sentencia dictada en el Juicio Contencioso Administrativo, una vez agotada la revisión, es decir un nuevo juicio seguido contra la sentencia en la que el TFJA confirmó la determinación de la autoridad.