



Aspectos por resolver derivados de la reforma a la subcontratación laboral

C.P.C. CRISPÍN GARCÍA VIVEROS

Integrante de la Comisión Representativa ante Organismos de Seguridad Social del IMCP

Socio director de García Viveros y Asociados, S.C.

crispingarcia@garciaviveros.com

Síntesis

Analizaremos los aspectos que a la fecha se derivan de la aplicación de la reforma a la subcontratación laboral, que se han evidenciado en diferentes puntos que deben cumplirse, que proceden de la insuficiencia o imprecisión de la norma, otros por la forma en que la autoridad lo lleva a la práctica y también por la manera en que fueron instrumentados, por lo que se requiere conocerlos para encontrar la solución que permita un correcto apego a las disposiciones, o bien la necesidad de complementar las correspondientes normas.

El decreto dado a conocer el 23 de abril de 2022, que incidió en la reforma de ocho leyes, ha generado diversas reacciones, tal como la calificación de una inadecuada técnica legislativa que, seguramente llevará a plantear en los tribunales los diferendos, hasta tener un marco jurídico al que nos debemos ceñir, una vez aclarados los aspectos que se ventilen, que en la práctica tiene una incidencia genérica, ya que quienes utilizan servicios u obras especializadas, podemos decir que tiene una aplicación universal y, por lo tanto, es posible pensar que serán pocas empresas a las cuales no afecte la reforma en comentario.

Habiendo transcurrido un poco más de seis meses de su vigencia en cuanto a su primera etapa y dos en la parte fiscal, se ha transitado en las diversas facetas que la integran, quedando únicamente pendiente su aplicación en el sector público.

De este tránsito es que planteo los aspectos que, de acuerdo con la experiencia vivida en su aplicación, resulta necesario que se resuelvan y permitan una mayor eficiencia, pero también un marco legal certero. Para ello, señalo lo siguiente, pretendiendo dar prioridad a lo que requiere atención en el corto plazo.

Opinión de cumplimiento positivo en el INFONAVIT

No debe sorprender el hecho de que, en el proceso inicial, que tiene como finalidad obtener el registro que se previene en las disposiciones legales como condicionante para prestar servicios o ejecutar obras, ambos especializados, ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) que, de manera simplificada, se conoce como Registro de Prestadoras de Servicios Especializados u Obras Especializadas (REPSE), involucra el contar con esa opinión, por lo que un primer ajuste fue permitir que, aun cuando no fuese positiva, se extienda el correspondiente

registro condicionado a su revisión ante el Instituto señalado, lo cual no es la solución, en tanto no cumpla con la obligación de notificar a los patrones, las diferencias que resultan de comparar el pago de las aportaciones de vivienda y las amortizaciones de créditos otorgados a los trabajadores, utilizando el Sistema Único de Autodeterminación (SUA) con la emisión que deriva de la presentación de avisos afiliatorios por parte de dichos patrones.

Lo anterior, no obstante que, desde su incorporación formal a la mecánica de obtener una opinión de cumplimiento, que conocimos mediante la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de junio de 2017, que contiene las “reglas para la obtención de la constancia de situación fiscal en materia de aportaciones patronales y entero de descuentos”, que en su segunda regla señala que el INFONAVIT a fin de emitir la constancia de situación fiscal, revisará que: “fracción II, de la existencia de créditos fiscales firmes determinados, entendiéndose por crédito fiscal las aportaciones, los descuentos, su actualización, los recargos y las multas impuestas en los términos de su ley”, la cual no respeta la “práctica” que sigue este, al canalizar mediante las “Aclaraciones patronales que es un servicio que el INFONAVIT puso a disposición de los patrones a través del Portal Empresarial para presentar aclaraciones por internet”, lo cual violenta las disposiciones que deben observarse para que un crédito fiscal tenga la calidad de “firme”.

Para precisar lo anterior, se detalla lo que el SAT en sus criterios normativos ha dado a conocer al respecto: 1/CFF/N Crédito fiscal. Es firme cuando han transcurrido los términos legales para su impugnación, exista desistimiento a este o su resolución ya no admita medio de defensa alguno. Atendiendo a los efectos previstos en diversos artículos del CFF, un crédito fiscal es firme cuando este ha sido consentido por los particulares, al no haberse impugnado dentro de los plazos legales para ello; cuando habiendo sido impugnado, los particulares se desistan del medio de defensa respectivo o; cuando en el medio de defensa se emita resolución que confirme la validez del acto impugnado, deseche o sobresea el recurso o juicio, y esta no admita otro medio de defensa o recurso procesal o, admitiéndolos, los mismos no se hayan promovido dentro de los plazos legales.

En conclusión, mientras el INFONAVIT no se ocupe de notificar formalmente las diferencias que se comentan, ese Instituto va incorporando a su portal empresarial, créditos que no son “firmes” y, por lo tanto, con la reforma a la subcontratación laboral es impostergable que este procedimiento se cumpla estrictamente, lo cual permitirá que, al ser notificados formalmente los créditos por cobrar a los patrones, seguramente

se deberá atender su adecuado trámite con lo que se logrará la regularización de ese tipo de opiniones.

Por lo anterior, debemos señalar que para evitar lo que se comenta, mientras no se modifique la señalada “práctica”, los patrones pueden pagar las aportaciones de vivienda y las amortizaciones de créditos concedidas a los trabajadores con la emisión que reciba por parte del INFONAVIT, y reclamar las diferencias existentes por el procedimiento de lo pagado sin justificación legal, lo cual no tiene apego a las disposiciones legales e igualmente incrementa los procesos administrativos correspondientes, por lo que resulta indispensable que el INFONAVIT modifique lo que hemos denominado como “práctica” y en su lugar atienda su obligación como autoridad fiscal autónoma.

Quiénes son los que prestan servicios o ejecutan obras, especializadas, obligados a cumplir con el decreto

La reforma en comentario precisa en el primer párrafo del artículo 12 de la Ley Federal del Trabajo (LFT) lo que se prohíbe; es decir, contratar un servicio que solo comprenda la mano de obra. A su vez, en el siguiente artículo se señala que está permitido, “subcontratar” servicios o ejecución de obras especializadas, siempre y cuando estos no formen parte del objeto social de la actividad económica preponderante de quien los contrata y condicionado a que el contratista cuente con el registro ante la STPS conocido como REPSE.

Esta definición se complementó con lo dispuesto por el Acuerdo dado a conocer por la STPS el 24 de mayo de 2021, que atiende lo previsto en el artículo 15 de la LFT y que es lo que ha dado lugar a la duda respecto a quiénes pueden prestar o ejecutar lo señalado, ya que en su artículo primero, incorporó a la definición de la ley el concepto: “y que para ello proporcionen o pongan a disposición trabajadores propios en beneficio de otra para ejecutar los servicios o realizar las obras especializadas en los términos a que se refieren los artículos 13 y 15 de la LFT”.

La adición resultó desafortunada, sobre todo cuando se consulta el texto del artículo 12 antes señalado, que contiene la prohibición y encontramos que esto es “cuando una persona física o moral proporciona o pone a disposición trabajadores propios en beneficio de otra”.

En consecuencia, hay quienes opinan que el contratista (el que presta el servicio o ejecuta la obra) no se ubica en lo previsto por el decreto en comentario, puesto que no proporciona o pone a disposición en

beneficio del contratante, y por otra parte están los que concluyen que la figura anterior, la prohibida, se constreñía solo a la mano de obra y la que ahora está permitida se refiere a un servicio integral, es decir, considerando los materiales, equipo, experiencia, etc., para hacerlo, lo cual es indudable que no está claramente señalado.

Ahora bien, en los primeros meses de vida de la reforma en comentario, hubo una gran discusión para tratar de aclarar esto y quien representaba la STPS, de manera verbal, emitió diversos comentarios, no siempre consistentes, y fue en los últimos días de agosto que, de manera sorpresiva, se dio a conocer en el minisitio del REPSE la guía para cumplir con las obligaciones en materia de registro en el REPSE, la cual indudablemente que no es vinculatoria, pero lo más grave es que no es clara, al pretender explicar lo que debemos entender por "proporcionar o poner a disposición trabajadores propios en beneficio de un tercero", limitándolo a un criterio que se ha denominado como "territorial", puesto que el elemento a considerar es el lugar en donde se prestan los servicios.

Lo anterior ha dado lugar a que asesores de diversas especialidades recomienden la no procedencia de lo previsto en el decreto que se comenta en la prestación de servicios o ejecución de obras, pero a mi juicio, omitiendo complementar su opinión, con la estrategia que debe seguirse para lograr que desde un punto de vista legal se alcance a obtener una resolución que soporte el punto de vista expresado, lo que resulta riesgoso, ante las consecuencias que contempla el señalado decreto en el caso de que las autoridades fiscales y laboral pudieran considerar que se está prestando el servicio se define en el artículo 13 de la LFT sin cumplir los requisitos haciéndose acreedor a las sanciones previstas, por lo que quienes aplican esta posición deben considerar la contingencia y por lo tanto contemplar una estrategia integral respecto de lo dispuesto por la reforma en comentario, hasta en tanto se logre una precisión ya sea de la autoridad o bien, de los tribunales.

Todos los servicios que se contratan corresponden a subcontratación laboral

Igualmente, como resultado del decreto materia de estos comentarios, se observa una acción simple por parte de quienes contratan servicios u ordenan la ejecución de obras, básicamente originada por la consecuencia de tipo fiscal (la no deducibilidad de la erogación) cuando no se atienden las disposiciones que comprende ese decreto, al considerar que se resuelve solicitando al contratista que cuente con el REPSE, sin analizar el efecto de ello, ya que como está normado, se asume una responsabilidad solidaria, tanto laboral como fiscal que está fuera de su alcance evitarla, por lo que no basta con que el contratado cuente con el registro indicado, sino que este tenga la capacidad laboral, fiscal y administrativa para soportar lo que involucra este tipo de servicios, puesto que el creador de la norma previó una supervisión cruzada entre los actores que participan en las operaciones que se vinculan en estos servicios que además genera consecuencias para las partes que se involucran en este tipo de operaciones.

Por lo tanto, no basta con solicitar un requisito, sino que ahora quien contrate deberá tener en su proceso inherente la capacidad para evaluar al contratista como un ente que puede responder de sus obligaciones como proveedor de una subcontratación laboral por las consecuencias que genera su incumplimiento, además de prever cómo resolver la sustitución

del mismo al existir la posibilidad de que quede impedido de prestar el servicio, por lo que se recomienda considerar este aspecto en los mecanismos de selección de proveedores o inclusive la posibilidad de incorporar a sus procesos operativos servicios que se cubran con personal propio, en lugar de la subcontratación que se comenta, puesto que el contar con el registro REPSE no tiene la cobertura de los efectos comentados.

Es importante que las organizaciones empresariales y **las de profesionales involucrados con el tema**, se ocupen de proponer alternativas de solución a las autoridades

Diversos tópicos

En atención al espacio disponible para desarrollar los comentarios, solo se hará el planteamiento de otros aspectos que también son preocupantes y que deben ser resueltos.

En lo que se refiere al REPSE, no queda un registro de la información que se incorpora al aplicativo y, por lo tanto, se carece de elementos para acreditar o pedir los ajustes necesarios; no se previene cómo cambiar una actividad registrada; poco se señala sobre cómo puede adicionarse una nueva actividad sin necesidad de cubrir todo el proceso de registro; no se previene cómo darse de baja del registro; se contempla la facultad de cancelar el registro ante el incumplimiento, señalando las causales, pero no el procedimiento a seguir que conceda el derecho de audiencia al patrón involucrado ni tampoco señalar la posibilidad, o bien el mecanismo para obtener nuevamente el mencionado registro.

En cuanto a las informativas, resultó algo no esperado el criterio de tener que informar cuando no hay operaciones, lo cual no tiene fundamento legal; el hecho de que cada institución (IMSS e INFONAVIT) tengan mecanismos específicos para informar, cuando que por simplificación podría ser uno solo, ya que la información, previo consenso de esas instituciones, pudiera ser la misma; el registro de la información que se comparte con esos institutos, debería quedar disponible para los patrones, a fin de permitir su seguimiento; precisar y ponerse de acuerdo igualmente entre esos institutos sobre el último día que legalmente es posible cumplir con la obligación.

Por lo tanto, es importante que las organizaciones empresariales, al igual que las de profesionales involucrados en el tema, se ocupen de proponer alternativas de solución a las autoridades laborales respecto a los temas señalados, que seguramente no son los únicos y alcanzar acuerdos en beneficio de los patrones que tienen que cumplir con el decreto que se comenta.☞