

LA DETERMINACIÓN ILEGAL DE CUOTAS DEL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS) A PARTIR DE SUPUESTOS NO ESTABLECIDOS EN LEY NI REGLAMENTOS EN LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN

*L.C.C., M.I. y M.A. Eduardo López Lozano
Integrante de la CROSS Nacional*

DIRECTORIO

C.P.C. José Besil Bardawil

PRESIDENTE

C.P.C. Florentino Bautista Hernández

VICEPRESIDENTE GENERAL

C.P.C. Diamantina Perales Flores

VICEPRESIDENTE DE RELACIONES Y DIFUSIÓN

C.P.C. Mario Enrique Morales López

VICEPRESIDENTE FISCAL

C.P.C. José Guadalupe González Murillo

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

C.P.C. Arturo Luna López

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**

C.P.C. José Guadalupe González Murillo	C.P.C. Jaime Zaga Hadid
C. P. C. Javier Juárez Ocoténcatl	Lic. Jorge Martínez Vargas
L.C.P. Cristina Zoé Gómez Benavides	C.P.C. Orlando Corona Lara
C.P.C. Fidel Serrano Rodulfo	C.P.C. Miguel Arnulfo Castellanos Cadena
C.P.C. y P.C.FI. Arturo Luna López	C.P.C. Eduardo López Lozano
C.P.C. Leobardo Muñoz Tapia	

REGIÓN ZONA CENTRO

C.P. y P.C.FI. Edgar Enríquez Álvarez

REGIÓN ZONA CENTRO ITSMO PENINSULAR

C.P.C. Oscar Castellanos Varela	C.P.C. José Manuel Etchegaray Morales
---------------------------------	---------------------------------------

Lic. Oscar Guevara García

REGIÓN ZONA CENTRO OCCIDENTE

C.P. Bernardo González Vélez	C.P.C. José Sergio Ledezma Martínez
C.P.C. Crispín García Viveros	L.C.P. LD. Karla Arlaé Rojas Quezada
C.P.C. M.I. Carlos de la Fuente Aguirre	C.P.C. Luis Manuel Cano Melesio

REGIÓN ZONA NOROESTE

L.C.P. Didier García Maldonado

REGIÓN ZONA NORESTE

C.P. Y LD. Cynthia Gabriela González Gámez	C.P.A.C. Juliana Rosalinda Guerra González
--	--

La determinación ilegal de cuotas del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) a partir de supuestos no establecidos en Ley ni reglamentos en la Industria de la Construcción¹

*Por L.C.C. y M.A. Eduardo López Lozano²
Integrante de la CROSS Nacional*

La legalidad es un estado de cosas muy particular; si no alcanza a regular a todos, no puede proteger a nadie. No admite grado, existe o no.³

El artículo 5 del Reglamento del Seguro Social Obligatorio para los trabajadores de la construcción por Obra o Tiempo Determinado (ROTIC) establece como sujetos obligados a presentar aviso de construcción de obra y otros⁴ a:

- I. **Los propietarios** que directamente o a través de intermediarios contraten trabajadores por obra o tiempo determinado.
- II. **Los contratistas** que cuenten con trabajadores por obra o tiempo determinado a su servicio.
- III. **Los subcontratistas** que cuenten con trabajadores por obra o tiempo determinado.

¹ “En términos de los artículos 33 fracción I, inciso h) del; 89 fracción I y último párrafo del Código Fiscal de la Federación del Código Fiscal de la Federación en vigor, el contenido de esta nota y/o los documentos y ejemplos utilizados para exponer el mismo, no constituyen una asesoría particular, sino criterios generales que corresponden a la opinión del autor, que pueden no coincidir con los criterios de las autoridades fiscales o judiciales mexicanas y no representan el criterio de la CROSS del IMCP

² Miembro de la CROSS del IMCP; gruporeingenieriafiscal2018@gmail.com

³ Lic. Manuel Tron

⁴ Se presentan a través del SIROC a partir del 1º de septiembre de 2017.

En consecuencia, a los patrones de la industria de la construcción que solo contratan trabajadores permanentes no les aplica el ROTIC; mientras que, a los que contratan trabajadores por obra o tiempo determinado sí se les aplica.

IV. El Servicio Integral de Registro de Obras de Construcción (SIROC) obligatorio para el registro de nuevas obras a partir de septiembre de 2017, incorpora (aunque se duda de la legalidad; esperemos a ver que resuelven en el tiempo los tribunales sobre el caso) una cuarta opción, no mencionada en el ROTIC, **el intermediario**, que se entiende como tal, al que se contrata solamente por mano de obra, sin incluir materiales y en este caso nos encontramos con una problemática, pues aunque obviamente cuenta con trabajadores, podrían o no estar contratados por obra o tiempo determinado, entonces podrían o no ser sujetos a presentar sus registros en SATIC⁵/SIROC⁶

V. Un último “sujeto”; inusitado, extralegal y que deja mucha recaudación al IMSS y no considerado en el ROTIC, es aquel que deriva de la **obligación contractual** impuesta por los propietarios, contratistas o subcontratistas que deriva de “usos y costumbres” de quienes contratan y sus asesores que, en animo de evitar una probable y lejana responsabilidad solidaria que, por lo demás debía establecer, fundar y motivar el IMSS, le solicitan a sus contratistas y subcontratistas:

1. Una cantidad en calidad de “retención” o “fondo de garantía” que sujeta a que demuestren haber cubierto sus cuotas por la fase o fases de obra realizada, así como;
2. entregar al finalizar la obra; para liberar los fondos de garantía, un “oficio de conclusión de trámite” que establezca que se cumplió con las obligaciones derivadas de la obra, especificando número de registro de obra y además emitida por el propio Instituto⁷.

Normalmente esta práctica deriva de los usos y costumbres en la industria de la construcción y del desconocimiento de la Ley del Seguro Social (LSS) y el ROTIC.

Señaló que esta obligación contractual es una imposición ilegal por no estar contenida, ni en la LSS ni en el ROTIC; desde su reforma en 2008 derogando el artículo 15, o en algún otro reglamento.

⁵ (Sistema de Afiliación de Trabajadores de la Industria de la Construcción)

⁶ El Servicio Integral de Registro de Obras de Construcción (SIROC) es un aplicativo desarrollado por el Instituto Mexicano del Seguro Social, para este efecto.

⁷ IMSS

Pero no se confunda, amigo lector; si usted suscribe esta obligación contractual debe cumplirla, el problema es que la única manera de que el IMSS entregue a usted un oficio en los términos contractuales señalados es vía el cumplimiento de obligaciones del ROTIC vía SATIC o SIROC y la “autocorrección” que, normalmente determina diferencias a cargo de los patrones, que una vez pagadas debe dar lugar a un oficio por parte del IMSS que, con frecuencia, niegan alegremente los funcionarios de las subdelegaciones.

Aunque se convierte en obligatoria, es importante señalar que no siempre proceden estas obligaciones ante el IMSS, por lo que la solicitud para la liberación de fondos o que se solicite a los subcontratistas o terceros a quienes contratan para hacer una obra o fase de la misma, presentar registros de obra ante el IMSS, así como entregar al finalizar la obra un oficio de conclusión de trámite ante el Instituto⁸ que establezca que se cumplió con las obligaciones derivadas del ROTIC, aunque no se trate de patrones a quienes les apliquen, en virtud de no tener trabajadores por tiempo u obra determinados, acabe en determinación de diferencias en términos del artículo 15 fracción VI⁹ segundo de la Ley del seguro social que establece:

*...Asimismo, deberán cubrir las cuotas obrero patronales, aun 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 anteriores, en este último caso, su monto se destinará a la Reserva General Financiera y Actuarial a que se refiere el artículo 280, fracción IV de esta Ley, sin perjuicio de que a aquellos trabajadores que acrediten sus derechos, se les otorguen las prestaciones diferidas que les correspondan;***

Será muy importante revisar este tema, pues es común que los propietarios o contratistas principales retengan “fondos de garantía” aunque se reitera, ya no lo contempla el ROTIC desde la derogación de su artículo 15; en julio de 2008.

Esta cláusula contractual, una vez firmada; se convierte en obligación para las partes por lo que –aunque no proceda conforme al ROTIC- se registra la obra vía el anterior SATIC o el nuevo SIROC, no por lo que establece el ROTIC, sino por obligación contractual, pero el Instituto Mexicano del seguro social le da un tratamiento idéntico que a aquellos patrones que se ubican en la hipótesis de los artículos 1, 5 y 6 del ROTIC y desgraciadamente el ánimo generalmente es recaudatorio y no el de proteger

⁸ IMSS

⁹ (obligación de expedir constancias)

y velar por los intereses de los trabajadores y sus beneficiarios. Estas Cláusulas contractuales, tenga cuidado, con frecuencia; aunque no corresponda; derivan en determinación de cuotas.

Podemos concluir que una problemática importante y actual en materia fiscal de seguridad social en la construcción se ha dado más por las cláusulas contractuales que generan esta “obligación”, que por las leyes mismas, por ejemplo: contratos que establecen la obligación de la presentación de los registros de obra e incluso la entrega de una “carta de cumplimiento de obligaciones”, “finiquito”, “oficio de conclusión de trámite ante el IMSS”, entre otros, esto cuando la contratista o subcontratista podría no estar obligada a la presentación de estos avisos de registro de obra, mucho menos a un trámite de esta naturaleza, pero el hecho de haber firmado un contrato que establece cláusulas que especifiquen que el contratista se obliga a presentar los registros de obra ante el IMSS, así como entregar al finalizar la obra para liberar los fondos de garantía, un “oficio de conclusión de trámite” que establezca que se cumplió con las obligaciones derivadas de la obra, especificando número de registro de obra y además emitida por el propio Instituto, deriva con frecuencia en distintas vertientes y es aprovechado por el personal del IMSS para actos ilegales, al determinar indebidamente cuotas como se ha explicado; e incluso se convierte en caldo propicio para el germen de la corrupción, pues el visto bueno de la autoridad se convierte –contractualmente y no por disposición de ley o del ROTIC- en factor fundamental en materia financiera para múltiples empresas de la construcción, sobre todo micro, pequeñas y medianas que quedan –sin obligación legal, en muchos casos, como se señala- al arbitrio o la componenda con funcionarios de las subdelegaciones.

Es muy valioso reiterar que no tienen sustento en la ley o el ROTIC, sino que nacen del acuerdo de voluntades derivado de las necesidades de los particulares plasmado en contratos y por tanto no tienen fundamento legal, elemento sine qua non (el fundamento) para todo acto de molestia y en particular, conforme al artículo 38 del Código Fiscal de la Federación para la determinación de contribuciones fiscales. Las cuotas obrero-patronales al IMSS tienen tal carácter en términos de los artículos 9 de la Ley del seguro social y 2 del Código Fiscal Federal.

Reiteramos; se debe cumplir en estos supuestos, con la obligación pactada, pues en caso contrario se podría demandar por la vía civil el incumplimiento al contrato, el cual puede involucrar indemnizaciones, penalizaciones, la retención de fondos de garantía o retención de estimaciones y pago de finiquitos de obra, pero la vía y procedimientos **debería ser distinta al solicitar al IMSS las constancias o el cumplimiento de las obligaciones.**

Lo ideal, sin embargo, será cancelar estas problemáticas antes de que se presenten; por ello recomendamos que, previo a la firma de los contratos y en su redacción, no solo participen abogados corporativos, sino concedores en materia de seguridad social; a efecto de asesorar a las partes: propietarios, contratistas o subcontratistas con el objeto de no dejar en indefensión legal a alguna de las partes involucradas, firmar los contratos con acuerdos apegados a la ley y reglamentos, buscando la seguridad jurídica y evitar contingencias innecesarias para las partes.

Desgraciadamente en la construcción, cada vez es más común que se firme un contrato sin conocer el alcance de algunas cláusulas y no es, sino hasta que alguna de estas les afecta que se pretenden modificar o eliminar, volviendo esto más complejo al momento de pretender finiquitar el contrato. Peor aún, solicitarle al IMSS, por una cláusula contractual un oficio o documento que no puede emitir conforme a los procedimientos registrados en la COFEMER¹⁰ o su normatividad.

En la práctica, evitar la responsabilidad solidaria es la razón que genera la necesidad de que el patrón de la industria de la construcción inserte esta cláusula que obliga a una de las partes –contractual, a veces no legalmente – a acudir ante el IMSS buscando que se le entregue una constancia del cumplimiento de sus obligaciones, facultad que reiteramos, ha desaparecido al derogarse el artículo 15 del ROTIC en julio de 2008, esto ocasiona que, de manera abusiva, el personal de ese Instituto, en lugar de orientar al patrón de la industria de la construcción, solicite al patrón un escrito o de plano considere que se esté “autocorrigiendo” dando lugar a que pretenda determinar presuntivamente supuestas cuotas omitidas a enterar, lo cual genera una acción de recaudación, dejando de lado la obligación fundamental de ese Instituto que es la protección de los trabajadores.

Por lo anterior, los patrones de la construcción deben tener cuidado al formular sus contratos, evitando con ello que el IMSS haga uso de la determinación presuntiva, que se ha convertido desde hace años en una práctica común por las subdelegaciones en

¹⁰ Comisión Federal de Mejora Regulatoria.

que el Instituto solicita, indebidamente en muchos casos, a los contratistas y subcontratistas una larga lista – de veinte o más puntos solicitando documentación e informes de la obra y otorgando solo cinco días para su entrega y ante el “incumplimiento” de alguno, determinando unilateralmente por la autoridad (el IMSS) procede a determinar de manera presuntiva¹¹ y en términos del artículo 18 del ROTIC con base los costos de mano de obra, por metro cuadrado para la obra privada, así como los factores (porcentajes) de mano de obra de los contratos regidos por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas¹²

No demos herramientas para que la autoridad, en este caso el IMSS; determine ilegalmente contribuciones que, además, en la mayoría de los casos ni siquiera benefician a los trabajadores reales de la obra; su monto se destina a la Reserva General Financiera y Actuarial a que se refiere el artículo 280, fracción IV de la Ley del seguro social.

Otro aspecto a considerar: es indudable que quien contrata a una persona física o moral, para llevar a cabo acciones o actividades de construcción, puede resultar responsable solidario respecto al incumplimiento por parte de ese patrón contratado; sin embargo, es importante recordar; para que la responsabilidad solidaria, en su caso, se acredite, el IMSS debe actuar conforme al artículo 251 fracción XIX que faculta al IMSS a ordenar y practicar las investigaciones correspondientes en los casos de responsabilidad solidaria previstos en la Ley del seguro social y en el Código Fiscal de la Federación y emitir los dictámenes respectivos. Dictámenes que, desde luego, deben estar fundados, motivados y ser notificados debidamente.

Termino parafraseando la frase inicial con la que aperturé esta nota, de mi buen amigo, el Lic. Manuel Tron:

La legalidad en un país es como la buena salud, el optimismo, el dinero, la envidia, la alegría, el sobrepeso y/o la esperanza” Se tiene o no se tiene.

¹¹ véanse en el DOF del 22 de marzo, para 2018.

¹² Lo que es ilegal, pero será materia de posterior análisis.