



# UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo

acuerdo número 974181 de fecha 15 de julio de 1997

---

La tercerización de servicios en México

Tesis que para obtener el grado de

**Maestro en Derecho Fiscal**

Sustenta el

**Lic. Alicia Abúndez Quintana**

Director de la Tesis

**Dr. Juan Manuel Acuña**

**“A mis papás: Por su eterno cariño y apoyo.**

**A mis hermanos: Por siempre creer en mí.**

**A Chevez, Ruiz, Zamarripa: Por la valiosa oportunidad”.**

## CONTENIDO

<b>Introducción.....</b>	<b>- 3 -</b>
<b>Derecho a la seguridad social.....</b>	<b>- 4 -</b>
<b>La subcontratación en el mundo globalizado.....</b>	<b>- 14 -</b>
Offshoring u outsourcing internacional.....	- 17 -
<i>Tipos de offshoring</i> .....	- 17 -
<b>Postura de la Organización Internacional del Trabajo .....</b>	<b>- 19 -</b>
<b>Prestadoras de servicios en México.....</b>	<b>- 22 -</b>
Exposición de motivos .....	- 22 -
Reformas a la LSS en materia de prestadoras de servicios .....	- 26 -
<i>a) Responsabilidad hacia el beneficiario de servicios o trabajos</i> .....	- 28 -
<i>b) Obligación de informar sobre el contrato y contratantes</i> .....	- 33 -
<i>c) Obligación de informar sobre el beneficiario</i> .....	- 36 -
<i>d) Sanción por no presentar información</i> .....	- 37 -
<i>e) Seguro de riesgos de trabajo</i> .....	- 37 -
Postura de la SCJN.....	- 38 -
Postura de las autoridades administrativas.....	- 43 -
<b>Conclusiones.....</b>	<b>- 44 -</b>
<b>Resolución al caso práctico .....</b>	<b>- 46 -</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>- 77 -</b>
<b>Otras fuentes consultadas .....</b>	<b>- 78 -</b>

## **LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EN MÉXICO**

### **Introducción**

#### **“Distribuidora Automotriz, S.A. de C.V.”**

La primera parte de la presente tesina, consistió en la resolución de un caso práctico, denominado “Distribuidora Automotriz, S.A. de C.V.”, en el cual se incluyó una problemática en materia de seguridad social.

La empresa contaba con dos filiales dentro de su inmueble, con distintas oficinas, por lo que cada una contaba con un domicilio fiscal distinto. Una proveía de refacciones a la distribuidora y la segunda, le proveía de personal y cubría la nómina. Ambas filiales contaban con trabajadores a su cargo, por lo que tenían un registro patronal ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante IMSS) y se encontraban obligadas al pago de cuotas dentro del régimen obligatorio del seguro social.

Las filiales dejaron de pagar sueldos a sus empleados y por ende, de cubrir cuotas obrero patronales ante el IMSS.

Cabe señalar que una de las filiales proveía de empleados a la Distribuidora, por lo que las autoridades del Instituto consideraron a esta última como responsable solidaria de las obligaciones en materia de seguridad social y por lo tanto dieron inicio al ejercicio de sus facultades de fiscalización, embargando bienes propiedad de la empresa con el objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones en dicha materia.

Lo anterior provocó que Distribuidora Automotriz iniciara una serie de procedimientos judiciales con el objeto de impugnar los actos de molestia ejercidos por el IMSS en su contra.

El problema radicó precisamente en que, las autoridades del IMSS consideraron a la empresa como responsable solidaria de las obligaciones generadas entre sus empresas filiales y sus respectivos trabajadores, al existir prestación de servicios de personal entre ellas.

En ese sentido, el presente trabajo tiene como objeto realizar un análisis a la tercerización de servicios en México, el alcance que ésta ha tenido a lo largo de los años más recientes, así como el criterio que las autoridades en el país han adquirido respecto de las llamadas prestadoras de servicios, así como una visión general que la Organización Internacional del Trabajo ha tenido al respecto.

## **Derecho a la seguridad social**

“La Seguridad Social, [...] se ubicó sólo como una sistematización y coordinación de los seguros sociales, intentando (en algunos países con gran éxito, en otros no), mediante la extensión de la cobertura poblacional lograr dar cumplimiento al principio de universalidad; sin embargo, a inicios del siglo XXI surgen algunas otras herramientas para alcanzar sus fines y paralelamente los objetivos económicos y sociales se han transformado también”.<sup>1</sup>

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la seguridad social se encuentra prevista dentro del artículo 22, el cual dispone:

---

<sup>1</sup> MENDIZÁBAL Bermúdez, Gabriela. “La seguridad social en México”. Porrúa, México, p.17

**“Artículo 22.** Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo define a la seguridad social como “la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de no ser así ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo enfermedad profesional, desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.<sup>2</sup>

La base del derecho a la seguridad social en México se encuentra prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 123, cuyo contenido es del tenor siguiente:

**“Artículo 123.** Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleo y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo.

...

XII. Toda empresa agrícola, industrial, minera o de cualquier otra clase de trabajo, estará obligada, según lo determinen las leyes reglamentarias a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas. Esta obligación se cumplirá mediante las aportaciones que las empresas hagan a un fondo nacional de la vivienda a fin de constituir depósitos a favor de sus trabajadores y establecer un sistema de financiamiento que permita otorgar a éstos crédito barato y suficiente para que acrediten en propiedad tales habitaciones.

---

<sup>2</sup> Tomado de [www.oit.org](http://www.oit.org)

Se considera de utilidad social la expedición de una ley para la creación de un organismo integrado por representantes del Gobierno Federal, de los trabajadores y de los patronos, que administre los recursos del fondo nacional de la vivienda. Dicha ley regulará las formas y procedimientos conforme a los cuales los trabajadores podrán adquirir en propiedad las habitaciones antes mencionadas...

XIV. Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrón contrate el trabajo por un intermediario.

...

XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá los seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicio de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares”.

El derecho a la seguridad social surge en el momento en que existe una relación de trabajo, la cual es definida por el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo (en adelante LFT) de la siguiente manera:

**“Artículo 20.** Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquél por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos”.

De lo anterior se desprende que para que surja una relación laboral debe existir el elemento de subordinación (poder de mando correlativo a un deber de obediencia) entre el trabajador y el patrón. Ahora, en términos de lo dispuesto

por el artículo 12 de la Ley del Seguro Social (en adelante LSS), son sujetos al régimen obligatorio del seguro social, los trabajadores, y por tanto, tendrán derecho al acceder a las prestaciones que en dinero y especie son otorgadas por el IMSS dentro de los seguros de enfermedades y maternidad, riesgos de trabajo, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, y guarderías y prestaciones sociales.

En efecto, el artículo 12 de la LSS dispone quiénes son sujetos de aseguramiento obligatorio, como se desprende de la siguiente transcripción:

**“Artículo 12.** Son sujetos de aseguramiento del régimen obligatorio:

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 de origen y cualquiera que sea la personalidad jurídica o la naturaleza económica del patrón aun cuando este, en virtud de alguna ley especial, esté exento del pago de contribuciones;

II. Los socios de sociedades cooperativas, y

III. Las personas que determine el ejecutivo federal a través del decreto respectivo, bajo los términos y condiciones que señala esta ley y los reglamentos correspondientes”.

En el entendido del anterior artículo, para que una persona sea considerada como sujeto al régimen obligatorio, debe observarse lo siguiente:

1. Se trate de la prestación de un servicio de una persona física a otra de carácter físico o moral o bien, a unidades económicas sin personalidad jurídica.

2. El servicio debe ser de carácter personal y subordinado, recibiendo una remuneración por su prestación.

Así las cosas, para que una persona sea considerada como sujeto al régimen obligatorio del seguro social, deberá encontrarse dentro de una relación laboral. La LFT define la relación de trabajo como “la prestación de un servicio personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario”.

Las relaciones de trabajo, cualquiera que sea el acto que les dio origen, se definen por la existencia de los siguientes elementos:

a) **Subordinación.** En donde existe un poder de mando del patrón correlacionado con un deber de obediencia del trabajador.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) se ha pronunciado de manera unánime, en el sentido de que la subordinación es el elemento esencial de la relación de trabajo, y no la prestación de un servicio personal que es común a diversos contratos no laborales, como se desprende de las siguientes tesis:

**“SUBORDINACION. ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACION DE TRABAJO.** La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con el artículo 134, fracción III de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo.”

**“RELACION LABORAL, CARACTERISTICAS DE LA.** Para que exista la relación laboral, no es necesario que quien presta sus servicios dedique todo su tiempo al patrón ni que dependa económicamente de él. El verdadero criterio que debe servir para dilucidar una cuestión como la presente es el concepto de subordinación jurídica establecida entre el patrono y el trabajador, a cuya virtud aquél se encuentra en todo momento en posibilidad

de disponer del trabajo, según convenga a sus propios fines. Así pues, no se requiere la utilización efectiva de la energía y de la fuerza de trabajo, sino que basta con la posibilidad de disponer de ella. Correlativo a éste poder jurídico es el deber de obediencia del trabajador a las órdenes del patrón. La facultad de mando presenta un doble aspecto: jurídico y real. En cuanto al primero, el patrón está siempre en aptitud de imponer su voluntad al trabajador y éste está obligado a obedecer acomodando su actividad a esa voluntad. En cuanto al segundo, debe tomarse en cuenta que, precisamente porque los conocimientos del patrón no son universales, existe la necesidad de confiar numerosas fases de trabajo a la iniciativa propia del trabajador, siendo más amplia esta necesidad cuando se trata de un término, de tal manera que la dirección del patrón puede ir de un máximo a un mínimo. Por consiguiente, para determinar si existe relación de trabajo, debe atenderse menos a la dirección real que a la posibilidad jurídica de que esa dirección se actualice a través de la imposición de la voluntad patronal.”

(Énfasis añadido)

De los anteriores criterios es posible concluir que el elemento distintivo de una relación laboral con otra de cualquier naturaleza, es precisamente la existencia de la **subordinación**, que radica en la facultad del patrón de dar órdenes a sus trabajadores para la realización de sus actividades y la correlativa obligación de éstos de obedecerlas dentro de los lineamientos legales.

b) **Pago de un salario.** Que consiste en la retribución del patrón al trabajador por la realización de un trabajo determinado.

De acuerdo a la LFT, el salario se integra por percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.

Sobre el particular, el Pleno de la SCJN ha señalado que el concepto “remuneración” es el pago que una persona eroga en virtud de una relación laboral, y que “salario” y “remuneración” son sinónimos puesto que ambos derivan

de una relación de trabajo. En ese sentido, al constituir sinónimos, deben reunir los siguientes elementos:

1. Periodicidad, atinente a la fecha en que debe pagarse.
2. Continuidad, que se refiere a la permanencia del pago.
3. Fijeza, en el sentido de que el monto del pago a recibir no varíe.
4. Mínimo, que aquello que perciba un trabajador no sea inferior a una cantidad determinada por el organismo correspondiente y que se considera es la legal.

Por lo anterior, puede concluirse en primer término que salario o remuneración son todas aquellas cantidades que se entreguen al trabajador por su trabajo y que tengan las características de periodicidad, continuidad, fijeza y mínimo.

Así las cosas, para que exista relación laboral debe configurarse la prestación de un trabajo personal subordinado, permanente o eventual, mediando para ello el pago de un salario o remuneración con las características mencionadas en el párrafo que antecede.

Es claro que cuando existe una relación laboral, el patrón se encuentra obligado a inscribir a su trabajador dentro del régimen obligatorio del seguro social ante el IMSS y además, a realizar el entero y pago de cuotas obrero patronales respectivas, como lo señala el artículo 15 de la LSS, cuyo contenido es del tenor siguiente:

**“Artículo 15.** Los patrones están obligados a:

I. Registrarse e inscribir a sus trabajadores en el Instituto, comunicar sus altas y bajas, las modificaciones de su salario y los demás datos, dentro de plazos no mayores de cinco días hábiles;

II. Llevar registros, tales como nóminas y listas de raya en las que se asiente invariablemente el número de días trabajados y los salarios percibidos por sus trabajadores, además de otros datos que exijan la presente ley y sus reglamentos. Es obligatorio conservar estos registros durante los cinco años siguientes al de su fecha;

III. Determinar las cuotas obrero patronales a su cargo y enterar su importe al instituto;

[...].”

(Énfasis añadido)

De lo anterior podría asumirse que únicamente los patrones tienen la obligación de inscribir a sus trabajadores y de pagar las cuotas respectivas ante el IMSS, sin embargo, la LFT prevé distintas figuras, las cuales pudiera pensarse que también se encuentran obligadas al pago de cuotas al Instituto, dada la posición de jerarquía que tienen frente a las personas que les prestan un servicio.

Tal es el caso de los intermediarios laborales y las empresas prestadoras de servicios, las cuales se encuentran definidas por los artículos 12 y 13 de la LFT, tal y como se aprecia a continuación:

**“Artículo 12.** Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón”.

**“Artículo 13.** No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de las obras o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores”.

En relación con lo anterior, para Javier Moreno Padilla, de la LFT se desprenden los siguientes contenidos:

*Intermediario sin elementos económicos propios.* Es la persona que sólo interviene en la contratación, para que un patrón se beneficie con los servicios del personal contratado.

*Intermediario con elementos patrimoniales propios y suficientes para cumplir las obligaciones.* Es la persona que tiene la capacidad económica para enfrentarse a los compromisos derivados de la relación laboral, de personal que presta servicios a un tercero.

“Para los intermediarios que no tengan recursos suficientes propios, la empresa que contrata los servicios de personal será la responsable de las obligaciones que se deriven de la ley; de tal suerte, que los trabajadores tendrán los mismos beneficios que el personal de planta del patrón beneficiado”.<sup>3</sup>

Por su parte, el artículo 14 del referido ordenamiento señala que las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de la LFT y de los servicios prestados, teniendo los trabajadores contratados, los siguientes derechos: i) prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento; y, ii) los intermediarios no podrán recibir retribución o comisión alguna a cargo de los salarios de los trabajadores.

Al respecto, llama la atención la siguiente tesis emitida por el Décimo Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, cuyo contenido es del tenor siguiente:

---

<sup>3</sup> MORENO Padilla, Javier. “Tratado del derecho de la seguridad social”. Dofiscal, México, 2009, p.598

**“INTERMEDIARIO EN MATERIA LABORAL. LA CELEBRACIÓN DE UN CONVENIO POR EL QUE MANIFIESTA QUE ASUME LA RESPONSABILIDAD Y OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LIBERA DE ELLAS A UNO O VARIOS PATRONES, CONLLEVA LA ACEPTACIÓN DE SU RESPONSABILIDAD SOLIDARIA COMO PATRÓN CON EL BENEFICIARIO DIRECTO DEL TRABAJO O SERVICIO.** La estipulación o convención entre patrones que implique la liberación extrajudicial de uno o varios de ellos, con motivo de la aceptación de la responsabilidad respecto de la relación laboral que otro manifieste, supone la figura jurídica del intermediario establecida en el artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo, que conforme a este precepto, es la persona física o moral que contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un patrón, es decir, que no contrate por cuenta propia sino de un tercero, que es el verdadero patrón; sin embargo, cuando dicho intermediario constituye una empresa establecida que contrata trabajadores y tiene elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de esas relaciones laborales, se considera patrón y no intermediario y, en caso de que no cumpla con ellas, será solidariamente responsable con los beneficiarios directos de las obras o servicios; ello es así, porque la finalidad del referido precepto es evitar que las empresas que contratan trabajadores asuman la responsabilidad jurídica de los patrones, con la posibilidad de que carezcan de solvencia para el cumplimiento de las obligaciones contraídas con los trabajadores y que con ello se impida que éstos perciban las prestaciones derivadas de sus servicios, porque los beneficiarios directos de las obras o servicios se protejan con la formalidad de una empresa aparentemente responsable para eludir sus responsabilidades laborales; de ahí que la celebración de un convenio que implique la liberación extrajudicial de uno o varios de los patrones, con motivo de la aceptación de la responsabilidad y obligaciones derivadas de la relación laboral que otro manifieste, conlleva en sí mismo el reconocimiento de que quien contrata es un intermediario y de que su intervención tiene por objeto proporcionar trabajadores a otro u otras personas físicas o morales que se benefician con los servicios de las personas así contratadas; por ende, da lugar al reconocimiento de la existencia de la relación de trabajo y la responsabilidad solidaria de patrón entre ambos firmantes del contrato que persigue la liberación extrajudicial de responsabilidad por uno o varios de los signantes”.

DÉCIMO TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 746/2010. Claudio Hernández Daniel Iván. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María del Rosario Mota Cienfuegos. Secretaria: Yolanda Rodríguez Posada.

(Énfasis añadido)

Es claro entonces que en tratándose de las figuras comentadas, debe existir una obligación solidaria entre quienes utilicen intermediarios laborales, con el objeto de asegurar que los trabajadores que intervengan en dicha prestación de servicios, tengan los mismos derechos que aquéllos que sean contratados directamente por la empresa o patrón beneficiario de los servicios.

Ahora, siguiendo la misma tónica, el artículo 15 de la LFT señala por su parte, lo siguiente:

**“Artículo 15.** En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13, se observaran las normas siguientes:

I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores; y

II. Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo”.

De lo anterior se desprende que las prestadoras de servicios y las beneficiarias de éstos son solidariamente responsables de las obligaciones contraídas con los trabajadores contratados por las primeras, siempre que éstas no cuenten con elementos propios y suficientes para hacer frente a tales obligaciones laborales.

### **La subcontratación en el mundo globalizado**

“El término *outsourcing* se utiliza para describir un fenómeno que se está extendiendo en toda la industria. Posiblemente es parte de un movimiento

más amplio de la sociedad para la conformación de un mundo más productivo y menos derrochador. [...] Outsourcing significa realmente encontrar *nuevos proveedores y nuevas formas* de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes y servicios. Significa utilizar el conocimiento, la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría”.<sup>4</sup>

Para Brian Rothery, el término outsourcing podría definirse como la acción de recurrir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de una compañía. Ya sea que el outsourcing sea o no parte de un movimiento más grande, no hay duda de que un mundo de recursos escaso está dictando una reducción en el personal gerencial, una gerencia adelgazada.<sup>5</sup>

La subcontratación, *outsourcing* o *tercerización* es el proceso económico en el cual una empresa destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas hacia una empresa externa por medio de un contrato. Esto se da especialmente en el caso de la subcontratación de empresas especializadas.

Para ello, pueden contratar sólo al personal, caso en el cual los recursos los aportará el cliente (instalaciones, hardware y software), o contratar tanto el personal como los recursos. El término subcontratación traduce una mejora en los servicios dentro de una economía en busca de progreso dentro de la apertura económica tratando de ser competentes en el comercio internacional.

Los términos asociados *deslocalización* y *fronteriza* implican la transferencia de empleos a otros países, si es que se subcontratan servicios con empresas extranjeras, o bien estableciendo una base en sitios fuera del país. La

---

<sup>4</sup> **ROTHERY** Brian e Ian Robertson. “Outsourcing”. Limusa, México, 1995, pp.3 y 4.

<sup>5</sup> *Cfr. Ibid.*, pp. 4, 10.

diferencia se encuentra en la relativa proximidad del país en cuestión (*fronteriza*) o su lejanía (*deslocalización*).

Por *subcontratación* se define la gestión o ejecución permanente de una función empresarial por un proveedor externo de servicios. La empresa subcontratante deberá transferir parte del control administrativo y operacional a la empresa subcontratada, de modo que ésta pueda realizar su trabajo apartada de la relación normal de la empresa subcontratante y sus clientes. La subcontratación también implica un considerable grado de intercambio bidireccional de información, coordinación y confianza.

Las organizaciones que ofrecen estos servicios creen que la subcontratación requiere la cesión de la responsabilidad corporativa para gestionar una porción del negocio. En teoría, esta porción no debería ser crítica para el funcionamiento de la empresa, pero la práctica indica lo contrario a menudo. Muchas compañías contratan a empresas especializadas en la subcontratación para encargar la administración de las áreas más propicias a ello. Entre éstas se pueden encontrar las de informática, recursos humanos, administración de activos e inmuebles y contabilidad. Muchas empresas también subcontratan el soporte técnico al usuario y la gestión de llamadas telefónicas, manufactura e ingeniería. En resumen, la subcontratación está caracterizada por la especialización no intrínseca al núcleo de la organización contratante.

Los costos generales del servicio son comúnmente menores si son subcontratados, permitiendo a muchas empresas, desde las de servicios a las de bienes de consumo, cerrar sus propios departamentos de relaciones con el cliente y externalizarlos a terceras empresas. La consecuencia lógica de estas decisiones fue la subcontratación de empresas en países con menores costes laborales, tendencia frecuentemente denominada (*deslocalización*).

## **Offshoring u outsourcing internacional**

El término responde a la subcontratación de procesos de negocios de un país a otro, usualmente en la búsqueda de costos más bajos o mano de obra. Incluye procesos como producción, manufactura, servicios e incluso innovación o investigación y desarrollo

La producción de un bien conlleva la necesidad de factores de producción como el capital, trabajo, pero también una serie de bienes y servicios intermedios. Estos bienes y servicios intermedios pueden provenir del propio país o bien ser importados de terceros países. De modo que el offshoring o el outsourcing internacional, consiste en la importación de estos bienes y servicios.

El desarrollo del offshoring en los últimos años se ha visto facilitado en gran medida por disminución en los costes de transporte convencionales, así como por los avances en la tecnología de la información y las comunicaciones.

### *Tipos de offshoring*

Desde un punto de vista de la propiedad, existen dos tipos diferentes de offshoring:

- **Deslocalización o In-House Offshoring:** es el proceso por el que los bienes o servicios proceden de una filial de la propia empresa, localizada en un país distinto al de la empresa original. En definitiva existe una operación en el exterior, que pertenece a la misma empresa, lo cual le da un mayor nivel de control.

- Outsourcing Offshoring: es aquella situación en la que los bienes o servicios provienen de una empresa independiente, localizada en un país distinto al de la empresa original. En definitiva existe una operación en el exterior, que además se terceriza o externaliza.

Desde un punto de vista del tipo de proceso de negocio, los tipos de offshoring son:

- Offshoring de servicios. Prestación de servicios desde el extranjero, como centros de llamados, servicio técnico o procesos administrativos. (India, Irlanda, países de europa del Este).

- Offshoring de manufactura. Relocalización de fábricas y centros de producción. Países con una mano de obra abundante y de bajo costo son los destinos preferidos (India, China, México).

- Offshoring de investigación y desarrollo. Conocido en inglés como *R&D offshoring*, representa la relocalización de actividades de alto valor como son la investigación, el desarrollo de productos, ingeniería y diseño.

Desde un punto de vista de la distancia:

- Offshoring sugiere una relocalización a un país distante. Ejemplo, Estados Unidos e India. Normalmente se obtienen menores costos pero existen diferencias culturales, de lenguaje y zonas horarias.

- Nearshoring es un término usado para el offshoring cuya locación no es lejana. Ejemplo, Estados Unidos y México, o Estados Unidos y Canadá. El nearshoring tiene la ventaja de obtener bajos costos, pero compartiendo aspectos culturales y husos horarios.

## **Postura de la Organización Internacional del Trabajo**

Una característica clave de la globalización ha sido la expansión constante de las corporaciones multinacionales y sus actividades comerciales y de inversión. La liberalización del comercio ha generado una alteración significativa en la estructura de la producción, con un aumento en el comercio no únicamente de bienes de consumo, sino también de bienes intermedios. Cambios tecnológicos han aumentado la “divisibilidad” de los procesos de producción en mayores etapas.

El resultado ha sido un cambio profundo en la forma en la que los bienes son producidos y en la división internacional del trabajo. Cuando la fragmentación en la producción es técnicamente posible, las empresas multinacionales tienden a centralizar las actividades principales en las que tengan oportunidad de competir y adoptan por lo tanto, una variedad de tercerización de servicios.<sup>6</sup>

El desarrollo de la economía global y de la tecnología ha sucedido de forma vertiginosa, resultando en una competencia comercial estrecha en todos los sectores. Por ello, ha sido necesario modificar la estructura en la administración de los negocios, reduciendo para ello las barreras en el control administrativo en la medida de lo posible, a efecto de que sea efectiva, eficiente y productiva.

En relación con tal condición, la tendencia hacia el outsourcing ha ido aumentando, lo cual ha dañado las condiciones laborales de los trabajadores, ya que la relación de trabajo siempre se expresa de forma temporal, con bajos salarios y con un limitado acceso a la seguridad social, sin garantía alguna a la permanencia en el trabajo.

---

<sup>6</sup> BIRD Miriam and Christoph Ernst. “Offshoring and employment in the developing world: Business process outsourcing in the Philippines”. International Labour Office. Employment Sector. Employment Working Paper No. 41, Geneva, 2009, p. v

Sucedo que el outsourcing ha sido utilizado intencionalmente para reducir el costo laboral y mediante el cual se proveen de mínimas condiciones laborales a los trabajadores contratados para dicho esquema, lo cual evidentemente daña a los empleados, generando además insatisfacción entre ellos.<sup>7</sup>

En línea con lo anterior, y de acuerdo a cifras de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), únicamente el 20 por ciento de la población mundial tiene una protección social adecuada y más de la mitad no tiene cobertura alguna. La OIT promueve políticas y ofrece asistencia a los países con el objetivo de ayudar a extender la protección social a todos los miembros de la sociedad.

La seguridad social implica acceso a la asistencia médica y garantía de ingresos, en especial en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes en el trabajo o enfermedades profesionales, maternidad, o pérdida del principal generador de ingresos de una familia. La “Campaña mundial sobre seguridad social y cobertura para todos” lanzada en 2003 se basa en actividades ya puestas en marcha en más de 30 países, e incluye proyectos que apoyan a los países a extender la cobertura al nivel nacional y a fortalecer las organizaciones de seguridad social de base comunitaria.

El objetivo radica en que los trabajadores que sean contratados mediante empresas outsourcing, tengan los mismos derechos que aquéllos que son contratados por el resto de las empresas de bienes o servicios, brindando pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa.

---

<sup>7</sup> Cfr. TAMBUSAI, Muzni. “Outsourcing”. International Labour Office. Industrial Relations Series, Seri3, 2005, pp. 1 y 2.

Es decir, que no exista diferenciación entre los empleados contratados por las empresas prestadoras de servicios y el resto de la universalidad de empresas.

“La inclusión de la seguridad social en varios instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, así como en la legislación nacional, también representa un reconocimiento de que la seguridad social es una necesidad humana. Se reconoce que unos sistemas nacionales de seguridad social eficaces son instrumentos poderosos para proporcionar seguridad de los ingresos, prevenir y reducir la pobreza y la desigualdad y promover la inclusión social y la dignidad. La seguridad social es, además, una necesidad económica. Si se concibe adecuadamente y se vincula a otras políticas, promueve la productividad y la empleabilidad y apoya el desarrollo económico. En épocas de crisis, actúa como estabilizador económico y social, y contribuye a mitigar el impacto económico y social de las recesiones económicas, aumentando la capacidad de recuperación y logrando una recuperación más rápida hacia un crecimiento incluyente”.<sup>8</sup>

La referida Organización busca principalmente, homogeneizar las normas de seguridad social en todos los países, con el propósito de que todos los trabajadores tengan acceso a mejores condiciones laborales y a un piso de protección de seguridad social, sin importar si se trata de trabajadores de una prestadora de servicios o de una empresa dedicada a la producción de bienes.

El outsourcing para la OIT es una realidad y una consecuencia del desarrollo tecnológico, sin embargo, reconoce que comúnmente se traduce en limitantes a los derechos laborales de los trabajadores, así como al acceso a una cobertura de seguridad social, por lo promueve la inclusión de normas protectoras

---

<sup>8</sup>Cfr. “Pisos de protección social para la justicia social y una globalización equitativa”. Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 101ª reunión, Ginebra, 2011, p.6

de tales derechos, a efecto de que no se diferencie entre los distintos tipos de trabajadores.

### **Prestadoras de servicios en México**

El 9 de julio de 2009 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social”, mediante el cual se hicieron importantes adiciones en torno al régimen aplicable respecto de trabajadores u otros sujetos de aseguramiento que a través de un contrato son puestos a disposición para que ejecuten los servicios o trabajos acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, en las instalaciones que éste determine.

#### *Exposición de motivos*

La respectiva exposición de motivos señaló que “el mercado laboral en México se ha deteriorado en los últimos años, en donde se impulsan nuevas formas de contratación laboral, algunas incluso por políticas públicas que establecen que ésa es la forma de hacer negocios en el mundo globalizado.

Así se promueven actividades empresariales donde los esquemas de subcontratación e intermediación laboral pretenden cubrir básicamente los enfoques de procesos, costos y administración competitiva para las empresas. De tal manera, la tendencia a la contratación de empleos es cada vez más marcada en la economía hacia la “externalización y precarización laboral”, sin importar que se haga por encima de lo establecido por las instituciones formales y legales del país.

Continuó señalando que para la clase trabajadora mexicana, esas realidades, en cualquiera de sus dimensiones y efectos, [...] se significan en

nuevas formas de explotación, elusión y conculcación de derechos, así como por la evasión de obligaciones y responsabilidades empresariales, gubernamentales y sociales.

La creciente exteriorización de las relaciones laborales y el establecimiento de nuevas formas de contratación laboral se han convertido en uno de los cambios más significativos del mercado laboral de México, [...] sobre el marco legal e institucional del propio mercado laboral, en especial hacia sus principales componentes donde, además del notable e histórico y acumulado deterioro salarial, se expresan en su mayoría en la seguridad social. Ciertas evaluaciones estiman que del universo total que integra la población económicamente activa, el número de trabajadores sin seguridad social llega al 60 por ciento de ésta.

[...] Resulta claro que la subcontratación y la intermediación laboral – que no son prácticas privativas de nuestra sociedad- se presentan cada vez con mayor frecuencia y en diversas formas, como la subcontratación de producción, la de obra, la de servicios, la de tareas y la de mano de obra; así como por la contratación de servicios laborales temporales, la contratación por tiempo parcial, la eventual, la contratación de servicios profesionales por honorarios o, incluso, contrataciones de la férula de “asociados en servicios independientes”, simples asociados o socios de diversas personas jurídicas, entre algunas de las formas, todas ellas sin duda fuera de los esquemas salariales y previsionales de la economía formal e institucional.

Las figuras no responden a la dimensión de las relaciones laborales establecidas, sino que se trata de intermediaciones simuladas entre el trabajador y el verdadero patrón, o incluso con falsas fórmulas de autoempleo o de asociaciones, en las que el trabajador aparentemente presta servicios por su cuenta, cuando en realidad lo hace por subordinación.

En el fondo, hablamos de simulaciones de actos jurídicos, que aunque no son nuevas, se han incrementando y tienden a extenderse, pues quienes las utilizan han advertido deficiencias en el marco normativo de la seguridad social, como que se dificulta una intervención oportuna y eficaz del IMSS.

Por todos es conocido que en los últimos años el IMSS ha enfrentado sucesivas situaciones económicas y financieras graves que han puesto en riesgo su viabilidad y el futuro de los derechos de los trabajadores. Los motivos que han orillado al IMSS a tales situaciones han sido diversos, pero uno de ellos, insoslayable, es el incumplimiento, la evasión y elusión por parte de algunos patrones, precisamente en el pago de las cuotas obrero patronales. Teniendo en cuenta que los patrones se encargan de retener el importe de la cuota del trabajador y son por tanto los responsables de realizar esos pagos. Pero sucede en muchas ocasiones que los patrones retienen indebidamente y no la entregan al Instituto o reportan cantidades menores de las correspondientes.

[...] Esa situación es posible merced a las ficciones jurídicas que asumen la subcontratación y la intermediación laboral en los distintos esquemas que adoptan y que determinan las principales desventajas de esta particular situación, tanto para el IMSS como para los trabajadores: una es la dificultad que se presenta para identificar oportunamente los casos en que se está dando este fenómeno y para establecer la responsabilidad real de los sujetos que participan en ella, lo que incentiva el incumplimiento de las obligaciones previstas en la LSS, pues las empresas que se benefician con la labor de los trabajadores se escudan y excepcionan en gran número de casos en contratos de prestación de servicios celebrados con otras empresas, sin que éstas cuenten con efectivamente con medios suficientes para responder de las obligaciones derivadas de la relación laboral.

Por lo expuesto y frente a la importancia de que el IMSS cuente con un marco legal que le permita garantizar y hacer efectiva la seguridad social a los trabajadores que laboren en auténticas relaciones de trabajo, independientemente de que su patrón pretenda desconocer u ocultar esa relación, se hace indispensable proponer una serie de medidas para facilitar el control y la vigilancia de esos patrones, imponiendo obligaciones a las empresas que otorgan servicios a través de los trabajadores que contratan para tal fin.

Asimismo, es necesario dar y precisar el carácter del sujeto obligado y, en su caso, de responsable solidario a los patrones que se benefician con los trabajos y servicios contratados, e imponerles igualmente deberes específicos que permitan al IMSS contar con elementos de registro y de control que faciliten una actuación oportuna ante el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa prestadora de los servicios, así como para proporcionar la información que les sea requerida por el Instituto y recibir las visitas o inspecciones que éste ordene.

La iniciativa de reformas y adiciones que presento, plantea evitar que se continúen desarrollando efectos y simulaciones que permitan incumplimientos en la recaudación de las cuotas obrero patronales por las empresas que desarrollan los esquemas empresariales de subcontratación e intermediación laboral que, en su mayoría, se consolidan como actividades empresariales donde los trabajadores no disfrutan de los beneficios que la LSS establece, y que afectan a importantes núcleos de trabajadores que integran de manera relevante el enorme universo de trabajadores mexicanos sin seguridad social referido”.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Tomado de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/208\\_DOF\\_09jul09.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/208_DOF_09jul09.pdf)

## *Reformas a la LSS en materia de prestadoras de servicios*

Las citadas reformas entraron en vigor el 10 de julio de 2009, siendo aplicables a los contratos originados desde ese día y en una parte a los que se encontraban vigentes al entrar en vigor las nuevas disposiciones.

En dichas reformas, la LSS distingue entre la subcontratación de personal y el intermediario:

Se trata de subcontratación cuando un patrón ponga a disposición de otro beneficiario, a trabajadores que dependerán del propio patrón. Asimismo, cuando la ejecución de los trabajos y de los servicios sea en las instalaciones que determine el beneficiario y los trabajadores estén sujetos a la relación laboral del patrón, no obstante que participe un beneficiario de los servicios.<sup>10</sup>

En ese esquema, los trabajadores que son puestos a disposición del beneficiario de los servicios (*outsourcing*) tienen una estructura de seguridad social de características autónomas, pues no obstante que se encuentren en las instalaciones del referido beneficiario o que ejecuten las obras de un tercero, siempre estarán sujetos a la subordinación del patrón subcontratista.

La diferencia entonces radica en que el intermediario de los servicios no es el patrón de los trabajadores, mientras que entre el subcontratista y los trabajadores sí se presenta el elemento de la subordinación.

“Por otra parte, queda pendiente el problema de la llamada intermediación con servicios propios, la cual es una figura que el IMSS ha criticado, porque estos elementos propios no se refieren sólo a cubrir la contraprestación laboral, sino a todas las aportaciones de seguridad social y los

---

<sup>10</sup> Cfr. MORENO Padilla, Javier. *Op. cit.*, p.600

compromisos de retención e informes que ello representa. Lo anterior podría conducir a dejar de aplicar esta figura por híbrida, por las nuevas reglas de la Ley del Seguro Social.

Cabe mencionar que el Senado de la República hace una observación que vale la pena destacar:

“Finalmente esta Comisión aclaró que la minuta dictaminada por el presente no afecta a empresas asociadas a la tecnología de la información o aquellos que utilizan a prestadores de servicios personales independientes para el desarrollo de proyectos especiales, ya que dichos profesionales no se contemplan en el supuesto del artículo 15 A, al no prestar un servicio personal subordinado...”.

Con esta propuesta, el Senado de la República pretende alentar a empresas dedicadas a desarrollar software y de tecnología de información, las cuales deberán tener un tratamiento similar al efectuado para la contratación de profesionistas independientes, en el cual prevalece la autonomía en los conocimientos profesionales, más que la subordinación jurídica”.<sup>11</sup>

Ahora bien, los aspectos más relevantes de las modificaciones a la LSS son los siguientes:

- a. Responsabilidad hacia el beneficiario de servicios o trabajos
- b. Obligación de informar sobre el contrato y contratantes
- c. Obligación de informar sobre el beneficiario de los servicios
- d. Sanción por no presentar información
- e. Seguro de riesgos de trabajo

---

<sup>11</sup> MORENO Padilla, Javier. *Op.cit.*, pp. 600, 601.

a) *Responsabilidad hacia el beneficiario de servicios o trabajos*

El artículo 15-A de la LSS establece que cuando un patrón o sujeto obligado, en virtud de un contrato, como parte de las obligaciones contraídas *ponga 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 asumirá las obligaciones establecidas en la LSS en relación con dichos trabajadores, cuando el patrón omita su cumplimiento, siempre y cuando el IMSS hubiese notificado previamente al patrón el requerimiento correspondiente y éste no lo hubiere atendido, debiendo el Instituto dar aviso de dicho requerimiento al citado beneficiario.

En el caso, se trata de una disposición que regula uno de los elementos esenciales de la contribución de seguridad social: los sujetos. Es decir, esta disposición establece cuándo los beneficiarios de servicios o trabajos serán considerados sujetos obligados al cumplimiento de las obligaciones por el patrón en materia del seguro social.

Para determinar si en un contrato existe el aludido supuesto de responsabilidad hacia el beneficiario de servicios o trabajos, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- i) Que se trate de un contrato de prestación de servicios por el que se *ponga a disposición trabajadores* u otros sujetos de aseguramiento,
- ii) Que dichos trabajadores o sujetos de aseguramiento ejecuten los servicios o trabajos *bajo la dirección* del beneficiario de los mismo, y
- iii) Que la ejecución sea *en las instalaciones que determine el beneficiario*.

Es importante señalar que las disposiciones sobre la responsabilidad hacia el beneficiario de los trabajos o servicios, al referirse a cargas sobre los particulares (sujetos), son de aplicación estricta en términos del artículo 9 de la LSS; es decir, para aplicarlas sólo puede atenderse al texto de la norma, sin ampliarlo ni restringirlo, lo que implica que su interpretación debe hacerse únicamente en función del sentido gramatical y conceptual de la norma, sin permitirse la analogía ni la mayoría de razón.

En el caso particular de las reformas citadas, la LSS no define el concepto y alcance de los términos “poner a disposición trabajadores u otros sujetos de aseguramiento y “bajo la dirección”. Cabe señalar que tales términos tampoco se encuentran definidos en la Ley Federal del Trabajo o en el Código Fiscal de la Federación y tampoco en las disposiciones de derecho común.

La falta de definición legal de esos términos no permite conocer de manera clara y precisa si se actualiza o no el supuesto que genera la responsabilidad hacia el beneficiario de los servicios o trabajos y, por consiguiente, si debe o no cumplirse con las obligaciones informativas mencionadas.

Esto es, al no contar con certeza respecto al significado de los elementos esenciales que generan el supuesto de responsabilidad hacia el beneficiario de los servicios o trabajos y, por ende, la obligación de proporcionar informes al IMSS en relación con los contratos correspondientes, existe incertidumbre en cuanto a si efectivamente se surten los supuestos que originan dicha responsabilidad y la obligación de presentar los citados informes.

Derivado de lo anterior, resulta que de la aplicación estricta de las disposiciones respectivas, se llegaría a la conclusión de que los términos en

cuestión se orientan hacia la existencia de una subordinación jurídica de los trabajadores del prestador de servicios respecto del beneficiario de éstos.

En efecto, el concepto “disponer” puede entenderse como la acción y efecto de mandar lo que ha de hacerse; valerse de alguien, tenerlo o utilizarlo por lo suyo.

En este sentido, la expresión “poner a disposición trabajadores”, en el contexto de las reformas, puede entenderse como la acción a través de la cual el beneficiario de los trabajos o servicios se vale de trabajadores que le proporciona el prestador, patrón de éstos. Debe entenderse que en el caso el beneficiario utiliza a los trabajadores como suyos.

Por otro lado, el concepto “dirección” se entiende como la acción y efecto de dirigir. El concepto “dirigir” puede entenderse como la acción y efecto de regir sobre quien realiza el trabajo; esto es, gobernar la conciencia de alguien.

Los términos “gobernar” y “regir” implican la facultad de mandar con autoridad. A su vez, “mandar” implica tener el “mando”, o sea, se trata de la autoridad y poder que tiene el superior sobre sus súbditos; mientras que el concepto de “autoridad” se define como el poder que gobierna o ejerce el mando, y el de “poder” como la facultad que alguien tiene para mandar.

En tal virtud, la expresión “bajo la dirección”, en el contexto de las reformas, puede interpretarse como el poder de mando por parte del beneficiario hacia los trabajadores. El poder de mando supone un deber de obediencia, lo que conjuga la subordinación.

Tal interpretación coincide con la definición “bajo la dirección” que se establece en las Reglas Generales para el cumplimiento de las obligaciones

informativas derivadas de las reformas a la LSS que nos ocupan, aprobadas por el Consejo Técnico del IMSS mediante Acuerdo número ACDO.AS2.HCT.300909/194.P.DIR, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de octubre de 2009, en donde se indica lo siguiente:

#### **“1. GLOSARIO DE TÉRMINOS**

Para los efectos de las presentes Reglas Generales, serán aplicables las definiciones establecidas en el artículo 5 A, de la Ley del Seguro Social, así como las siguientes:

[...]

2. ...

3. ...

#### **4. PRESENTACIÓN DE LA INFORMACIÓN**

##### **4.1 [...]**

**4.4** Para los efectos previstos en el artículo 15-A de la Ley y en el artículo segundo transitorio del Decreto, se entenderá por:

- “Dirección”. Faculta de mando sobre los trabajadores, con respecto a la realización de los servicios o trabajos contratados.
- “Supervisión”. Verificación o validación de las actividades acorde a los servicios prestados o a los trabajos realizados.
- “Capacitación”. Proporcionar al trabajador conocimientos específicos que lo habiliten para realizar el servicio o trabajo contratado”.

Independiente de si dichas Reglas son obligatorias o no a los particulares, es de resaltar el hecho de que el Consejo Técnico del IMSS coincide en que el concepto de dirección significa un poder de mando sobre los trabajadores.

Así las cosas, resulta que sólo en aquellos casos en que exista un poder de mando por parte del beneficiario de los servicios, sobre los trabajadores del prestador de éstos, se actualizará el supuesto de responsabilidad hacia dicho

beneficiario y, por ende, tendrá que cumplirse con la obligación de presentar los informes a que se refieren las reformas.

En este sentido, de asumirse deliberadamente que se surten los supuestos que configuran la responsabilidad hacia el beneficiario de los servicios o trabajos, no sólo podría estar excediéndose el contenido y alcance de las reformas en cuestión, sino que ello podría estar excediéndose el contenido y alcance de las reformas en cuestión, sino que ello podría implicar el reconocimiento de una subordinación de los trabajadores del prestador de servicios hacia el beneficiario de los mismos, con las repercusiones negativas e irreversibles que pudieran derivar no sólo en materia del seguro social por la exigibilidad de obligaciones a cargo de un tercero, sino en materia laboral y fiscal, como pudiera ser una demanda de dichos trabajadores en contra del beneficiario de los servicios o trabajos, exigiendo prestaciones laborales iguales a las de sus empleados y el pago de participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, lo que tendría afectaciones en la renta gravable del citado beneficiario.

Ahora bien, para que el IMSS pudiera exigir al beneficiario de los servicios o trabajos el cumplimiento de obligaciones de la LSS a cargo del prestador de servicios (patrón), no bastaría que se dieran los supuestos que generan la responsabilidad hacia dicho beneficiario, sino que además se requeriría que se cumpliera con lo siguiente:

- a) Que el patrón de los trabajadores omita el cumplimiento de las obligaciones que establece la LSS a su cargo.
- b) Que el IMSS haya notificado previamente al patrón el requerimiento correspondiente,
- c) Que el mismo patrón no hubiera atendido tal requerimiento, y
- d) Que el IMSS dé aviso al beneficiario de los trabajos o servicios, del requerimiento hecho al patrón.

De actualizarse estos supuestos y desde luego previamente los que generan la responsabilidad hacia el beneficiario de los servicios o trabajos, entonces la autoridad podría exigir a ese beneficiario el cumplimiento de las obligaciones de la LSS incumplidas por el patrón de los trabajadores.

En el caso se trataría de una responsabilidad subsidiaria o sustituta por parte del beneficiario de servicios o trabajos, ya que, además de depender que se configuren los requisitos que generan dicha responsabilidad, sólo podrá materializarse si: i) el obligado principal, es decir, el prestador de los servicios (patrón), omite el cumplimiento de las obligaciones a su cargo respecto de los trabajadores puestos a disposición, ii) mediante un requerimiento previo hacia el patrón por parte del IMSS, y iii) hay un aviso del IMSS hacia el beneficiario sobre dicho requerimiento.

*b) Obligación de informar sobre el contrato y contratantes*

Asimismo, en las reformas se establece la obligación a cargo del prestador de servicios y del beneficiario de los mismos, de informar al IMSS diversos aspectos del contrato y las partes de éste, cuando se trate de contratos en donde se actualicen los supuestos que generan la responsabilidad hacia el beneficiario de trabajos o servicios en los términos expuestos anteriormente.

Esto implica que de no configurarse el supuesto de responsabilidad hacia el beneficiario de los servicios o trabajos, no se generaría tal obligación informativa para ninguna de las partes (prestador y beneficiario).

La obligación de informar es trimestral y debe llevarse a cabo ante la Subdelegación del IMSS correspondiente al domicilio del patrón y del beneficiario, respectivamente, dentro de los primeros quince días hábiles de los meses de enero, abril, julio y octubre, en relación con los contratos de prestación de

servicios celebrados en el trimestre de que se trate, información relativa a las partes contratantes y al contrato mismo. Si se tratara de la prestación de servicios en varios centros de trabajo ubicados en circunscripciones territoriales de distintas subdelegaciones, el patrón y el beneficiario deberán comunicar dicha información sólo ante la subdelegación dentro de cuya circunscripción territorial se ubique su respectivo domicilio fiscal.

Esta obligación además aplica únicamente a los contratos que se hayan celebrado a partir del 10 de julio de 2009 bajo las condiciones apuntadas. En concreto, la información requerida es la siguiente:

- De las partes en el contrato:

1. Nombre de los contratantes
2. Denominación o razón social
3. Clase de persona moral de que se trate, en su caso, objeto social
4. Domicilio social, fiscal y en su caso convencional para efectos del contrato
5. RFC y número de registro patronal ante el IMSS
6. Datos del acta constitutiva tales como número de escritura pública, fecha, nombre del notario, número de la notaría y ciudad a la que corresponde, sección, partida, volumen, foja o folio mercantil, fecha de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio; nombre de los representantes legales que suscribieron el contrato.

- Del contrato:

7. Objeto del contrato y vigencia

8. Perfiles, puestos y categorías de los empleados, indicando si se trata de personal operativo, administrativo o profesionales.
9. Número estimado mensual de trabajadores que se pondrán a disposición del beneficio de los servicios.

Al respecto, se indica que la información podrá ser presentada en documento impreso, o en medios magnéticos, digitales, electrónicos, ópticos, magneto ópticos o de cualquier otra naturaleza, conforme a las reglas generales que para tal efecto emita el Consejo Técnico del IMSS, de las cuales ya se ha hecho referencia.

Adicionalmente, en disposición transitoria se precisa que el patrón de los trabajadores tendrá obligación de proporcionar por una sola vez, respecto de cada contrato celebrado, la información relativa al monto estimado mensual de la nómina de los trabajadores suministrados al beneficiario de los servicios contratados y los domicilios de los lugares donde prestarán servicios o ejecutarán trabajos; asimismo tendrá que señalar si el beneficiario de los servicios es responsable en cuanto a la dirección, supervisión y capacitación de los trabajadores. Esta obligación estará vigente durante el plazo de doscientos cincuenta días hábiles a partir del 10 de julio de 2009, sin que se precise sin con posterioridad a ello seguirá siendo necesaria porque así lo requiera el sistema de cómputo que autorizará el IMSS dentro de dicho periodo.

En cuanto a la información requerida, llama la atención que gran parte de ésta no tiene vinculación directa con el cumplimiento de las obligaciones que establece la LSS. Según se advierte, la mayor parte de la información que se requiere está enfocada a que el IMSS cuente con los datos específicos de las empresas contratantes y de sus representantes legales, con una clara tendencia de identificar posibles riesgos y responsables.

También es de resaltar la incorporación de los conceptos de *supervisión* y *capacitación* que se da mediante disposición transitoria, los cuales tampoco están definidos en la LSS y pudieran involucrar también implicaciones laborales y fiscales indeseables para los beneficiarios de los trabajos o servicios. Peor que eso es que, sin contar con una definición legal de lo que es *dirección*, *supervisión* y *capacitación*, el prestador de los servicios o trabajos será quien determine cuándo el beneficiario es responsable de esa dirección, supervisión y capacitación, sin que ello deba hacerlo del conocimiento del beneficiario de los trabajos o servicios.

En este tenor, mientras no se configure el supuesto de responsabilidad hacia el beneficiario de los trabajos o servicios, no habrá obligación para las partes contratantes de presentar información alguna, pues ésta, se insiste, sólo es requerida respecto de aquellos contratos a través de los cuales se ponen a disposición trabajadores para que ejecuten trabajos bajo la dirección del beneficiario de los mismos, en las instalaciones que éste determine, y en tanto haya sido celebrados a partir del 10 de julio de 2009.

#### *c) Obligación de informar sobre el beneficiario*

Otra obligación que deriva de las reformas, y que también exige que previamente se haya actualizado el supuesto de responsabilidad hacia el beneficiario de trabajos o servicios, es que el patrón (prestador de servicios) deberá incorporar por cada uno de sus trabajadores, el nombre del beneficiario de los servicios o trabajos contratados en el sistema de cómputo que autorizará el IMSS dentro del plazo de doscientos cincuenta días hábiles, a partir del 10 de julio de 2009.

*d) Sanción por no presentar información*

La falta de presentación de la información que se requiere a través de las disposiciones incorporadas en esta reforma, será sancionada con multa equivalente al importe de 20 a 350 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal (\$1,096 a \$19,180), sin que se precise en función a qué será aplicada.

Es probable que al imponer la sanción, las autoridades aplicaran la cantidad mínima, ya que con ello se evitarían la necesidad de motivar su proceder, apoyadas en el criterio que sobre el particular ha sostenido la SCJN, en específico tratándose de multas que van de un monto mínimo a uno máximo, como sucede en el caso.

Lo más grave en caso de que fuera aplicada esta sanción, sería el hecho de que la autoridad, al aplicarla, estaría asumiendo que se configura el supuesto de responsabilidad hacia el beneficiario de los trabajos o servicios, por lo que la recomendación en ese caso sería evaluar la implementación de un medio de defensa, a fin de no convalidar tal suposición sin sustento, debido más que nada a la carencia de definiciones ya comentada.

*e) Seguro de riesgos de trabajo*

Para efectos de la clasificación en el seguro de riesgos de trabajo, se indica en el artículo 75 de la LSS que a solicitud de los patrones de los trabajadores a que se refiere la reforma, el IMSS asignará un registro patronal por cada una de las cinco clases reconocidas en la LSS, según se requiera, con los que realizarán la inscripción de sus trabajadores a nivel nacional, debiendo revisar anualmente su siniestralidad de manera independiente por cada registro patronal

asignado. Esta disposición entró en vigor el 16 de marzo de 2010 y es aplicable sólo para los registros patronales que se soliciten con posterioridad a esa fecha.

Lo anterior pudiera significar un beneficio, aunque sólo es aplicable a aquellos prestadores de servicios cuyos contratos se ubiquen en los nuevos supuestos que regula el artículo 15-A de la LSS. Cualquier patrón distinto podría argumentar en su caso una violación a la garantía de equidad tributaria, entre otras, por el trato distinto al que estarían sujetos los patronos que se ubicaran en dichos supuestos.

#### *Postura de la SCJN*

Aquellos patronos que consideraron que las reformas realizadas a la LSS perjudicaban sus intereses, promovieron amparos en su contra, en los cuales, con el objeto de acreditar su interés jurídico en el juicio de garantías, tuvieron que ubicarse en el supuesto del artículo 15-A de la LSS, es decir, acreditaron que tenían el carácter de beneficiarios de los servicios para argumentar que con las reformas a la LSS fueron violadas sus garantías individuales.

Al respecto, la SCJN determinó que las reformas realizadas a la LSS en materia de prestación de servicios, son constitucionales, como se aprecia de las siguientes tesis:

**“SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD.** El citado precepto no viola la garantía de igualdad contenida en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que cuando en la contratación de trabajadores para un patrón participe un intermediario, cualquiera que sea la denominación que asuma éste o aquél, ambos serán responsables solidarios en relación con aquéllos respecto de las obligaciones contenidas en la Ley del Seguro Social. De igual forma, que cuando un patrón cualquiera que sea su personalidad jurídica o su naturaleza económica, en virtud de un contrato, como parte de las obligaciones contraídas, ponga a disposición trabajadores para que

ejecuten los servicios acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, éste asumirá las obligaciones previstas en la Ley indicada, en relación con dichos trabajadores, en caso de que el patrón omita ese cumplimiento, siempre y cuando el Instituto Mexicano del Seguro Social le hubiese notificado previamente el requerimiento correspondiente y aquél no lo hubiera atendido, supuesto en el cual dicho Instituto dará aviso al beneficiario de los trabajos o servicios de tal requerimiento. Lo anterior es así, porque el tratamiento que la ley otorga por un lado al patrón que contrató a los trabajadores y por otro al beneficiario de los servicios prestados no es el mismo, ya que el artículo 15 A de la Ley del Seguro Social establece claramente que el principal obligado en esa relación laboral es el patrón que contrató a los trabajadores, tan es así que el requerimiento para el cumplimiento de las obligaciones que derivan de dicha Ley lo formula el Instituto primero al patrón y sólo para el caso de que éste soslaye u omita cumplir con dicha obligación, entonces se hará el requerimiento al beneficiario de los trabajos o servicios realizados por los trabajadores”.

Amparo en revisión 268/2010. Molex de México, S.A. de C.V. 19 de mayo de 2010. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Amparo en revisión 630/2010. Agrícola Nainari, S.A. de C.V. 27 de octubre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Gustavo Naranjo Espinosa.

Amparo en revisión 695/2010. Insecticidas del Pacífico, S.A. de C.V. 10 de noviembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Gustavo Naranjo Espinosa.

Amparo en revisión 743/2010. Congeladora Hortícola, S.A. de C.V. 12 de enero de 2011. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Ydalia Pérez Fernández Ceja.

Amparo en revisión 88/2011. Flextronics Manufacturing Juárez, S. de R.L. de C.V. y otra. 16 de marzo de 2011. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Jorge Luis Revilla de la Torre.

Tesis de jurisprudencia 48/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintisiete de abril de dos mil once.

**“SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.** El citado precepto dispone que cuando en la contratación de trabajadores para un patrón participe un intermediario, cualquiera que sea la denominación que asuma éste o aquél, ambos serán responsables solidarios en relación con aquéllos respecto de las obligaciones contenidas en la Ley del Seguro Social. Así mismo, que las empresas establecidas que presten servicios a otras, para ejecutarlos con elementos propios y suficientes para cumplir con

las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores, no serán consideradas intermediarios sino patrones. Además, que cuando un patrón cualquiera que sea su personalidad jurídica o su naturaleza económica, en virtud de un contrato, como parte de las obligaciones contraídas, ponga a disposición trabajadores para que ejecuten los servicios acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, éste asumirá las obligaciones previstas en la Ley del Seguro Social, en relación con dichos trabajadores, en caso de que el patrón omita ese cumplimiento, siempre y cuando el Instituto Mexicano del Seguro Social le hubiese notificado previamente el requerimiento correspondiente y aquél no lo hubiera atendido. Finalmente, que en este último supuesto dicho Instituto dará aviso al beneficiario de los trabajos o servicios de tal requerimiento, y que los contratantes deberán comunicar trimestralmente ante la subdelegación correspondiente del Seguro Social, en relación con los contratos celebrados la información precisada en el citado artículo de la ley de la materia. Lo anterior no viola la garantía de seguridad jurídica contenida en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el artículo 15 A de la Ley del Seguro Social respeta la garantía de seguridad jurídica, no sólo como disposición legal individualmente considerada, sino también en el contexto normativo al que pertenece, toda vez que el mencionado ordenamiento legal regula, además, distintos procedimientos relativos a las diversas materias objeto de regulación, así como los diferentes medios de impugnación que el legislador ha puesto al alcance de los particulares, en tanto sujetos obligados en términos de la referida Ley”.

Amparo en revisión 268/2010. Molex de México, S.A. de C.V. 19 de mayo de 2010. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Amparo en revisión 600/2010. Ford Motor Company, S.A. de C.V. 29 de septiembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Pedro Arroyo Soto.

Amparo en revisión 514/2010. ADT Private Security Services de México, S.A. de C.V. 29 de septiembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas.

Secretario: Ricardo Manuel Martínez Estrada.

Amparo en revisión 630/2010. Agrícola Nainari, S.A. de C.V. 27 de octubre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Gustavo Naranjo Espinosa.

Amparo en revisión 695/2010. Insecticidas del Pacífico, S.A. de C.V. 10 de noviembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Gustavo Naranjo Espinosa.

Tesis de jurisprudencia 47/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veintisiete de abril de dos mil once.

Aunado a lo anterior, la SCJN interpretó que la responsabilidad del beneficiario de los servicios es solidaria, pues el beneficio de la obra o el servicio no desconoce las condiciones laborales en tanto los trabajadores están a su disposición, mando, dirección o supervisión, lo que le permite identificar plenamente al empleador, el lugar donde se ejecuta el trabajo, el número de días laborados, el horario y si se realiza una tarea operativa, profesional o administrativa.

Tal criterio puede apreciarse en la siguiente jurisprudencia:

**“BENEFICIARIOS DE TRABAJOS O SERVICIOS. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, ADICIONADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 9 DE JULIO DE 2009, QUE LES ASIGNA LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES DE SEGURIDAD SOCIAL, ES CONSTITUCIONAL.** El citado precepto en términos generales establece que el beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones previstas en la Ley del Seguro Social en relación con los trabajadores puestos a su disposición y dirección por parte de un patrón, cuando este último hubiese incumplido con ellas y el Instituto Mexicano del Seguro Social previamente le haya requerido, ya que el legislador ordinario estimó que las empresas de prestación de servicios o de mano de obra especializados -llamadas outsourcing-, en ocasiones no cuentan con medios suficientes para cubrir las obligaciones derivadas del vínculo laboral, y por ello era necesario asegurar el acceso y disfrute de los trabajadores a sus derechos sociales por medio de la institución de la responsabilidad solidaria, lo que motivó que el beneficiario fuera llamado a responder de los deberes correspondientes junto con el empleador. En ese tenor, el Congreso de la Unión no desbordó su facultad para expedir disposiciones en materia de trabajo, prevista en los artículos 73, fracciones X y XXX, y 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ni es irracional ese instrumento de garantía si se tiene en cuenta, en primer lugar, que está encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores y sus familiares, en aras de no dejarlos desamparados, además de que el beneficiario de la obra o el servicio no desconoce las condiciones laborales en tanto los trabajadores están a su disposición, mando, dirección o supervisión, lo que permite identificar plenamente al empleador, el

lugar donde se ejecuta el trabajo, el número de días laborados, el horario y si se realiza una tarea operativa, profesional o administrativa. Ante esta conexión superlativa con la relación de trabajo, el beneficiario de los trabajos o servicios está en posibilidad material y jurídica de responder solidariamente en el cumplimiento de los deberes de seguridad social, no obstante carecer de la calidad de patrón al no pagar salarios ni proporcionar materia prima, maquinaria o herramientas de trabajo; aunado a que la responsabilidad solidaria no es absoluta frente a toda obligación incumplida, pues debe tenerse presente el artículo 26 de la Ley del Seguro Social y, en caso de pagar, tal beneficiario puede repetir contra el contratista independiente o intermediario.

Amparo en revisión 419/2010. Inmobiliaria Alpamayo, S.A. de C.V. y otra. 9 de junio de 2010. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Israel Flores Rodríguez.

Amparo en revisión 649/2010. Aba Servicios Corporativos, S.A. de C.V. y otra. 25 de agosto de 2010. Cinco votos. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretario: Israel Flores Rodríguez.

Amparo en revisión 729/2010. Transportadora y Distribuidora de Fertilizantes, S.A. de C.V. 20 de octubre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: José Álvaro Vargas Ornelas.

Amparo en revisión 744/2010. Dirsamex, S.A. de C.V. y otras. 10 de noviembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto José Fernando Franco González Salas. Secretario: Alberto Miguel Ruiz Matías.

Amparo en revisión 808/2010. Colgate Palmolive, S.A. de C.V. 24 de noviembre de 2010. Cinco votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Arnulfo Moreno Flores.  
Tesis de jurisprudencia 1/2011. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del doce de enero de dos mil once.

(Énfasis añadido)

Como se aprecia de la transcripción anterior, nuestro máximo Tribunal consideró que en el caso de la prestación de servicios, existe una responsabilidad solidaria entre el patrón prestador de los servicios y el beneficiario de los mismos, pues concluye que era necesario asegurar el acceso y disfrute de los trabajadores a sus derechos sociales por medio de la institución de la responsabilidad solidaria, lo que motivó que el beneficiario fuera llamado a

responder de los deberes correspondientes junto con el empleador (no obstante que del texto del artículo 15-A de la LSS se determina que dicha responsabilidad es subsidiaria), aunado a que el beneficiario de los servicios no desconoce las condiciones laborales existentes con los trabajadores que son puestos a su disposición y bajo su dirección, por lo que tiene el derecho, en su caso, de repetir en contra del prestador de los servicios cuando las autoridades del IMSS determinen obligaciones a cargo del beneficiario de los servicios.

#### *Postura de las autoridades administrativas*

Derivado de la entrada en vigor de las reformas que nos ocupan, las autoridades del IMSS iniciaron procedimientos de fiscalización con el objeto de detectar aquellos esquemas de evasión fiscal.

Emitieron por tanto, oficios de requerimiento en los que solicitaron a los patrones de su colaboración para proporcionar el padrón de sus prestadores de servicios, con el fin de invitarlos a que regularicen su situación patronal y se promuevan los esquemas de aseguramiento y servicios de forma personalizada de acuerdo a lo dispuesto por la LSS.

No obstante, los oficios e invitaciones en su gran mayoría son oscuros lo que incluso impide que puedan ser desahogados por los patrones a quienes les son notificados, pues no indican a qué información se refieren o sobre qué contratos hacen referencia, resultando por lo tanto en una fiscalización infructífera, pues no es posible dar respuesta a dichos oficios. Esto es, a las autoridades les ha resultado muy difícil fiscalizar este tipo de esquemas.

## **Conclusiones**

- En México, el derecho a la seguridad social se encuentra garantizado en el artículo 123, apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin que de su contenido se haga distinción alguna entre los trabajadores de las empresas de producción y de aquellas que prestan servicios.

- La Ley del Seguro Social obliga a todos los patrones y sujetos obligados a inscribir a sus trabajadores dentro del régimen obligatorio del seguro social.

- El desarrollo de la tecnología y la globalización han provocado que las figuras como el outsourcing, offshoring, etc., cada vez sean más comunes. Es decir, la tercerización de los servicios ha ido en aumento y en ocasiones, rebasa la legislación laboral en los países.

- La Organización Internacional del Trabajo ha sugerido a los países, la inclusión de normas protectoras para los trabajadores de las empresas de outsourcing, con el objeto de que sean tratados con los mismos derechos que los trabajadores de las empresas que producen bienes.

- En nuestro país, los esquemas de prestación de servicios no son bien recibidos por las autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social, dado que consideran que se trata de esquemas elusivos e incluso evasores.

- Por lo anterior, en 2009 fueron reformados diversos artículos de la Ley del Seguro Social, con el objeto de trasladar la responsabilidad de los

patrones que presten servicios de personal a quienes resulten los beneficiarios de los mismos.

- La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha confirmado que las reformas citadas son constitucionales, pues responden a una necesidad real, es decir, que los trabajadores que sean asignados a los beneficiarios, obtengan las mismas prestaciones que el resto de los trabajadores, señalando al respecto que la responsabilidad generada entre el prestador y el beneficiario es subsidiaria, no obstante que el texto de la Ley del Seguro Social establezca que se trata de una responsabilidad subsidiaria.

- Las autoridades del Instituto Mexicano del Seguro Social han dado inicio a sus facultades de fiscalización, con el objeto de localizar a aquellas empresas prestadoras que hayan sido omisas en dar cumplimiento a sus obligaciones en materia de seguridad social, sin que al efecto hayan tenido buenos resultados, en virtud de que los oficios que emiten, en su mayoría carecen de sustento fáctico y legal.

## Resolución al caso práctico

### 1. ¿Hay derecho a la devolución?

Efectivamente existe derecho a la devolución, porque en el caso la empresa realizó un pago de lo indebido, ya que el segundo párrafo del artículo 5 de la Ley del Impuesto al Activo, el cual establecía que no son deducibles las deudas contratadas con el sistema financiero o con su intermediación, fue declarado inconstitucional por el Pleno de la SCJN, mediante la jurisprudencia 123/99, como se aprecia de su contenido, el cual se transcribe a continuación:

**“ACTIVO. EL ARTÍCULO 5o. PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, EN CUANTO HACE UNA EXCEPCIÓN A LA AUTORIZACIÓN DE CIERTAS DEDUCCIONES, VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA.** El citado precepto legal, en su párrafo primero, autoriza a deducir las deudas contratadas con empresas residentes en el país o con establecimientos permanentes ubicados en México de residentes en el extranjero, pero en su párrafo segundo exceptúa de dicha autorización a las que hubieren sido contratadas con el sistema financiero o con su intermediación. Con la excepción descrita se hace una injustificada distinción entre las deudas que afectan el objeto del tributo, ocasionándose con esto un trato desigual a iguales, al permitirse a unos contribuyentes las deducciones de sus deudas y a otros no, por situaciones ajenas a ellos y propias de los acreedores, sin que pueda considerarse que tal distinción de deudas se justifique por el hecho de que, de permitirse su deducción, no se pagaría el impuesto por ese concepto, dado que ambas clases de operaciones constituyen un pasivo para el contribuyente en sus registros contables, que incide sobre el objeto del tributo, consistente en la tenencia de activos propios de las empresas, concurrentes a la obtención de utilidades”.

Amparo en revisión 2423/96. Impulsora Corporativa de Inmuebles, S.A. de C.V. 31 de agosto de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juan Díaz Romero y Olga María Sánchez Cordero. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Miguel Ángel Zelonka Vela.

Amparo en revisión 936/97. Servicios Inmobiliarios Serco, S.A. de C.V. 31 de agosto de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juan Díaz Romero y Olga María Sánchez Cordero. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho.

Amparo en revisión 2903/97. Astral Plaza, S.A. de C.V. y coag. 31 de agosto de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juan Díaz Romero y Olga María Sánchez Cordero. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Lourdes Margarita García Galicia.

Amparo en revisión 1357/98. Grupo Financiero BBV Probusa, S.A. de C.V. 20 de abril de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Juan Díaz Romero y Olga María Sánchez Cordero. Ponente: Olga María Sánchez Cordero. Secretario: Joel Carranco Zúñiga.

Amparo en revisión 2797/97. Consorcio Azucarero Caze, S.A. de C.V. (antes Consorcio Industrial Escorpión, S.A. de C.V.) y coags. 26 de abril de 1999. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Juan Díaz Romero y Olga María Sánchez Cordero. Ponente: Olga María Sánchez Cordero. Secretario: Carlos Mena Adame.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de octubre en curso, aprobó, con el número 123/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

(Énfasis añadido)

En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 22 del Código Fiscal de la Federación (en adelante CFF), las autoridades del Servicio de Administración Tributaria (en adelante SAT) se encuentran obligadas a devolver las cantidades erogadas indebidamente por la empresa por concepto del Impuesto al Activo.

En efecto, el artículo 22 del referido Código Tributario establece, en la parte que interesa, lo siguiente:

**“Artículo 22.** Las autoridades fiscales devolverán las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan conforme a las leyes fiscales. En el caso de contribuciones que se hubieran retenido, la devolución se efectuará a los contribuyentes a quienes se les hubiera retenido la contribución de que se trate. Tratándose de los impuestos indirectos, la devolución por pago de lo indebido se efectuará a las personas que hubieran pagado el impuesto trasladado a quien lo causó, siempre que no lo hayan acreditado; por lo tanto, quien trasladó el impuesto, ya sea en forma expresa y por separado o incluido en el precio, no tendrá derecho a solicitar su devolución. Tratándose de los impuestos indirectos pagados en la importación, procederá la devolución al contribuyente siempre y cuando la cantidad pagada no se hubiere acreditado.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, se aplicará sin perjuicio del acreditamiento de los impuestos indirectos a que tengan derecho los contribuyentes, de conformidad con lo dispuesto en las leyes que los establezcan.

Cuando la contribución se calcule por ejercicios, únicamente se podrá solicitar la devolución del saldo a favor cuando se haya presentado la declaración del ejercicio, salvo que se trate del cumplimiento de una resolución o sentencia firmes, de autoridad competente, en cuyo caso, podrá solicitarse la devolución independientemente de la presentación de la declaración”.

En conclusión, la empresa tiene derecho a la devolución y ésta deberá hacerse con motivo de la respuesta a la consulta fiscal planteada por la empresa, en cumplimiento a la sentencia dictada con fecha 22 de octubre de 2000 por las Salas Regionales de Occidente del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (en adelante TFJFA).

## **2. En caso afirmativo, ¿a partir de cuándo surge ese derecho?**

A partir de que la sentencia de fecha 22 de octubre de 2000 quedó firme y sea emitida por lo tanto, la resolución por parte del SAT que confirme el criterio solicitado por la empresa y se le permita por lo tanto deducir las deudas contratadas con el sistema financiero para efectos del Impuesto al Activo.

Lo anterior, de acuerdo a lo que establece el cuarto párrafo del artículo 22 del CFF, vigente en ese momento, cuyo contenido es del tenor siguiente:

**“Artículo 22.** Las autoridades fiscales devolverán las cantidades pagadas indebidamente y las que procedan conforma a las leyes fiscales. En el caso de contribuciones que se hubieran retenido, la devolución se efectuará a los contribuyentes a quienes se les hubiera retenido la contribución de que se trate. Tratándose de los impuestos indirectos, la devolución por pago de lo indebido se efectuará a las personas que hubieran pagado el impuesto trasladado a quien lo causó, siempre que no lo hayan acreditado; por lo tanto, quien trasladó el impuesto, ya sea en forma expresa y por separado o incluido el precio, no tendrá derecho a solicitar su devolución. Tratándose de los impuestos indirectos pagados en la

importación, procederá la devolución al contribuyente siempre y cuando la cantidad pagada no se hubiere acreditado.

[...]

Si el pago de lo indebido se hubiera efectuado en cumplimiento de acto de autoridad, el derecho a la devolución en los términos de este artículo, nace cuando dicho acto se anule. Lo dispuesto en este párrafo no es aplicable a la determinación de diferencias por errores aritméticos, las que darán lugar a la devolución siempre que no haya prescrito la obligación en los términos del antepenúltimo párrafo de este artículo.

[...]”.

Es claro entonces, que el derecho de la empresa surge cuando queda firme la sentencia del TFJFA.

### **3. ¿Por cuántos ejercicios se puede solicitar la devolución?**

Desde la fecha en que haya sido realizado el pago de lo indebido, es decir, de una lectura integral que se realice al caso que nos fue proporcionado, se aprecia que la empresa, previo al litigio, acatando lo dispuesto por el artículo 5, segundo párrafo de la Ley del Impuesto al Activo, presentó sus declaraciones anuales, **sin deducir para efectos del impuesto al activo, las deudas contratadas con el sistema financiero**, es decir, desde 1993 hasta el ejercicio de 2000.

En línea con lo anterior, es importante recordar que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6 del CFF las contribuciones se causan conforme se realizan las situaciones jurídicas o de hecho previstas en las leyes fiscales vigentes durante el lapso en que ocurran, y dichas contribuciones se determinarán conforme a las disposiciones legales vigentes en el momento de su causación, pero les serán aplicables las normas sobre procedimiento que se expidan con posterioridad.

Por ello, considero que en virtud de que la empresa realizó un pago de lo indebido, al no deducir las deudas que contrajo con el sistema financiero, desde 1993 hasta 2000, tiene derecho a que le sea devuelto dicho pago indebido por todos los ejercicios.

No es óbice para concluir lo anterior la existencia de la jurisprudencia 6/2005, aprobada por la Segunda Sala de la SCJN, que establece que la devolución sólo procederá respecto de los pagos efectuados con posterioridad a la presentación de la consulta, en virtud de que es cuando se obtiene el beneficio de la aplicación de la jurisprudencia a favor del contribuyente y, por ende, que los enteros relativos deben considerarse como pago de lo indebido. En efecto, dicha jurisprudencia establece a la letra, lo siguiente:

**“DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS. PROCEDE CUANDO LA SOLICITUD RESPECTIVA SE REALIZA CON MOTIVO DE LA RESPUESTA A UNA CONSULTA FISCAL EMITIDA EN CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA QUE DETERMINÓ QUE UNA NORMA NO ES APLICABLE POR EXISTIR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE DECLARA SU INCONSTITUCIONALIDAD, PERO SÓLO RESPECTO DE LOS PAGOS EFECTUADOS CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE TAL CONSULTA.**

Quando el particular solicita la devolución de impuestos fundada en la respuesta emitida por la autoridad fiscal a una consulta en la que se determinó la no aplicación de la norma que prevé el impuesto relativo, por haber sido declarada inconstitucional por jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respuesta que se emitió en cumplimiento de una sentencia dictada en el juicio de nulidad por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en ese sentido, la mencionada devolución sólo procederá respecto de los pagos efectuados con posterioridad a la presentación de la consulta, en virtud de que es cuando se obtiene el beneficio de la aplicación de la jurisprudencia a favor del contribuyente y, por ende, que los enteros relativos deben considerarse como pago de lo indebido, lo que no sucede con los pagos efectuados con anterioridad, pues éstos fueron realizados en cumplimiento a una disposición de observancia obligatoria, al estar vigente y gozar de plena eficacia jurídica en el momento de realizarse el pago, en tanto no fue controvertida mediante amparo indirecto, y porque en términos del artículo 22 del Código Fiscal de la Federación no se actualiza el error de hecho o de derecho que condicione su devolución”.

Contradicción de tesis 52/2004-SS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Quinto y Séptimo en Materia Administrativa, ambos del Primer Circuito. 1o. de diciembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: Constanza Tort San Román.

Tesis de jurisprudencia 6/2005. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del veintiocho de enero de dos mil cinco.

Se afirma lo anterior, puesto que, la referida jurisprudencia fue emitida en 2005, y el derecho a la devolución de la empresa nació cuando la sentencia del TFJFA quedó firme, es decir, el 22 de octubre de 2000, por lo que el criterio jurisprudencial no resulta aplicable al caso concreto y por ende, a mi juicio, la empresa tiene derecho a la devolución por todos los ejercicios.

#### **4. ¿Por cuántos ejercicios se puede exigir el pago de intereses?**

En línea con la anterior pregunta, considero que el derecho a solicitar el pago de intereses surge a partir del momento en que la empresa incurrió en el pago de lo indebido, es decir, desde 1993, porque a partir de dicho ejercicio atendió al contenido del segundo párrafo del artículo 5 de la Ley del Impuesto al Activo.

Cobra relevancia la siguiente tesis emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco, el cual, no obstante ser de emisión reciente, puede servir de ilustración para confirmar el criterio adoptado en el presente apartado:

**“DEVOLUCIÓN DE CANTIDADES PAGADAS INDEBIDAMENTE POR CONCEPTO DE CONTRIBUCIONES. PROCEDE “CUANDO LA SOLICITUD RESPECTIVA SE APOYA EN LA RESPUESTA A UNA CONSULTA FISCAL EMITIDA EN CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA QUE DETERMINÓ LA FORMA COMO DEBÍAN CALCULARSE CONFORME A UNA NORMA INTERPRETADA POR LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUNQUE SE HAYAN ENTERADO CON ANTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE**

**TAL CONSULTA.** El indicado tribunal no contraviene la jurisprudencia 2a./J. 6/2005, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, febrero de 2005, página 314, de rubro: "**DEVOLUCIÓN DE IMPUESTOS. PROCEDE CUANDO LA SOLICITUD RESPECTIVA SE REALIZA CON MOTIVO DE LA RESPUESTA A UNA CONSULTA FISCAL EMITIDA EN CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA QUE DETERMINÓ QUE UNA NORMA NO ES APLICABLE POR EXISTIR JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE DECLARA SU INCONSTITUCIONALIDAD, PERO SÓLO RESPECTO DE LOS PAGOS EFECTUADOS CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACIÓN DE TAL CONSULTA.**", cuando en el juicio contencioso administrativo federal ordena devolver cantidades pagadas en exceso por concepto de contribuciones a partir de lo resuelto en una consulta fiscal que definió la forma para calcularse conforme a una norma interpretada jurisprudencialmente por el Máximo Tribunal del País. Lo anterior, considerando que al realizar la interpretación de un artículo no se incorpora una prerrogativa nueva al cúmulo de derechos del contribuyente, sino sólo se descubre el beneficio que éste tuvo desde que el numeral interpretado entró en vigor. En esas condiciones, mientras no opere la prescripción de la obligación de devolver, procede decretar la nulidad para el efecto de que sean reintegrados los montos relativos aunque éstos se hayan enterado con anticipación a aquella consulta favorable.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO AUXILIAR, CON RESIDENCIA EN GUADALAJARA, JALISCO.

Revisión fiscal 196/2011. Administrador Local Jurídico de Zapopan, Jalisco. 7 de abril de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Rochín Guevara. Secretario: Juan Carlos Sánchez Cabral.

Nota: La denominación actual del órgano emisor es la de Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Tercera Región, con residencia en Guadalajara, Jalisco.

(Énfasis añadido)

En efecto, en la especie nos encontramos ante la figura de pago de lo indebido, y la devolución respectiva se traduce en la obligación estatal de proteger las garantías del contribuyente mediante la restitución de lo pagado en demasía o no establecido en las disposiciones legales respectivas, situación que se actualiza en aquellos casos en que la norma conforme a la cual se realizó, se declare inconstitucional (como ocurrió en el caso que nos ocupa) y, por ende, la erogación resulte ilegal; por lo que la determinación de la cantidad líquida que las

autoridades deben devolver a la empresa debe incluir la contribución pagada, su actualización y los intereses correspondientes, como consecuencia del perjuicio que le ocasionó verse privado de los recursos erogados y de los productos financieros correspondientes.

Resulta aplicable la siguiente tesis emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que a la letra establece:

**“DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LO INDEBIDO. CUANDO DERIVA DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL POR HABERSE DECLARADO INCONSTITUCIONAL LA NORMA CONFORME A LA CUAL SE ENTERÓ EL TRIBUTO, DEBE INCLUIR LA CONTRIBUCIÓN PAGADA, SU ACTUALIZACIÓN Y LOS INTERESES CORRESPONDIENTES AL PERJUICIO OCASIONADO AL CONTRIBUYENTE.** De los artículos 22 y 22-A del Código Fiscal de la Federación se advierte que la devolución del pago de lo indebido puede derivar, de la denegación de la solicitud correspondiente, de una resolución dictada en un recurso administrativo o de una sentencia emitida por un órgano jurisdiccional, y en estos casos el cálculo de los intereses se efectuará a partir de que se interpuso el recurso administrativo, o bien, la demanda del juicio respectivo, por los pagos efectuados con anterioridad a dichos supuestos, y por los posteriores, a partir de que se efectuó el pago. En esa tesitura, la aludida devolución se traduce en la obligación estatal de proteger las garantías del contribuyente mediante la restitución de lo pagado en demasía o no establecido en la ley, lo que se actualiza en aquellos casos en que la norma conforme a la cual se realizó se declare inconstitucional y, por ende, la erogación resulte ilegal; en este caso, la determinación de la cantidad líquida que las autoridades deben devolver a fin de dar cumplimiento a la ejecutoria debe incluir la contribución pagada, su actualización y los intereses correspondientes como consecuencia del perjuicio que le ocasionó verse privado de los recursos erogados y de los productos financieros correspondientes, al poner a disposición de la autoridad dinero que a la postre resultó que no le correspondía percibir”.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 43/2007. Unilever Bestfoods México, S.A. de C.V. y otras. 20 de junio de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Ángela Alvarado Morales.

Por lo anteriormente señalado, concluyo que en la especie, el cálculo de los intereses debió efectuarse a partir de que se llevó a cabo el pago de lo

indebido, es decir, desde 1993, tal como se señala en los hechos de la segunda parte del caso que nos fue proporcionado para su resolución.

## **SEGUNDA PARTE**

### **HECHOS RELEVANTES**

(Previo al litigio planteado en la primera parte)

1. La empresa presentó declaraciones anuales, **sin deducir** para efectos del Impuesto al Activo, las deudas contratadas con el sistema financiero.
2. Declaraciones anuales complementarias desde 1993 hasta 2000.
3. 19 de enero de 2001: SAT Guadalajara emite oficio confirmando el criterio de interpretación legal, por lo que la empresa puede deducir, para efectos del Impuesto al Activo, las deudas contratadas con el sistema financiero.
4. La empresa presentó declaraciones complementarias efectuando la deducción de los pasivos con el sistema financiero.
5. 17 de septiembre de 2001: La empresa presentó solicitud de pago de lo indebido por los ejercicios de 1993 a 2000.
6. El SAT ordenó la devolución de cantidades por pago de lo indebido por los ejercicios de 1996 a 2000 y negó respecto de los ejercicios de 1993 a 1995.
7. 16 abril 2002: Demanda contra la negativa de devolución por pago de lo indebido ante el TFJFA.

#### **1. ¿Cuándo surge el derecho a la devolución para la empresa?**

Ante este escenario, el derecho a la devolución surge a partir del 19 de enero de 2001, pues es la fecha en la que las autoridades fiscales confirmaron el criterio de interpretación legal en el sentido de que la empresa puede deducir para efectos del impuesto al activo, las deudas contratadas con el sistema financiero.

## **2. El efecto de la resolución favorable, ¿es constitutivo de derechos respecto de la situación jurídica dubitada o es meramente declarativo?**

Considero que, de la información proporcionada, se aprecia que nos encontramos ante un escenario distinto al planteado dentro de la primera parte del caso que nos ocupa, y que por lo tanto, no se hace referencia a la sentencia de TFJFA, sino al oficio emitido por las autoridades fiscales (19 de enero de 2001), por virtud del cual se confirmó el criterio solicitado por la empresa.

En ese sentido, la resolución favorable es declarativa de derechos, pues únicamente está confirmando el criterio de que en el caso, la empresa puede deducir, para efectos del impuesto al activo, las deudas contratadas con las instituciones financieras, pues la prohibición a hacerlo, fue declarada como inconstitucional por la SCJN mediante la jurisprudencia 123/99.

Puede ilustrar, por analogía, el siguiente criterio emitido por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

### **“ACTUACIONES. NULIDAD DE, CUANDO CONSTITUYE VIOLACION A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO, LA RESOLUCION DE UN INCIDENTE.**

Cierto es que el artículo 159, fracción V, de la Ley de Amparo, señala como una violación a las leyes del procedimiento: "Cuando se resuelva ilegalmente un incidente de nulidad", pero tal precepto debe interpretarse conjuntamente con el diverso 114, fracción IV de la misma Ley; es decir, la resolución recaída en aquél, sólo constituye violación al procedimiento, reclamable en amparo directo, cuando es de carácter declarativo, como acontece, verbigracia, cuando se niega. En cambio, cuando se decreta, la ejecución es de imposible reparación, porque las actuaciones nulas, ya no pueden repararse en la sentencia y debe conocer de ellas un juez de Distrito.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 656/93. Cobare, S. A. de C. V. 6 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo Díaz Arellano. Secretario: Víctor Hugo Güel de la Cruz.

Nota: Esta tesis No. 57 K, se editó en el Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII-Julio, página 139, por instrucciones del Tribunal Colegiado se publica nuevamente con las modificaciones que el propio Tribunal ordena sobre la tesis originalmente enviada.

(Énfasis añadido)

Bajo mi perspectiva, una resolución emitida por una autoridad administrativa, sólo podría tener un efecto declarativo de un derecho, pues no cuenta con facultades para, en su caso, emitir una resolución constitutiva de derechos, como sí puede hacerlo un órgano judicial, por lo que en la especie, el oficio emitido el 19 de enero de 2001, solamente tiene efectos declarativos de derechos para la empresa.

## **TERCERA PARTE**

### **HECHOS RELEVANTES**

1. 29 octubre de 2002: Juicio contra negativa de devolución por ejercicios de 1993 a 1995 se resolvió de forma favorable. Ordenó a las autoridades devolver esas cantidades.
2. 10 de julio de 2003: El SAT emitió 3 oficios, pretendiendo dar cumplimiento a la sentencia anteriormente citada, limitando el pago de intereses a cinco ejercicios (artículo 22, párrafo noveno del CFF vigente en 2001).
3. 21 de agosto de 2003: Queja por defecto en el cumplimiento de la sentencia emitida con fecha 29 de octubre de 2002.
4. 8 de enero de 2004: el TFJFA sobreseyó la queja por improcedente.
5. Interposición de amparo indirecto ante Juzgados de Distrito en Materia Administrativa en el DF. Concedió el amparo y ordenó al TFJFA a entrar al estudio de la queja.

6. TFJFA declaró fundada la queja y otorgó plazo de 20 días a la autoridad fiscal para que efectuara la devolución total de los intereses.
7. La autoridad desacata la queja e interpone recurso de revisión en contra de la sentencia del Juez de Distrito, al no haber sido llamada a juicio.

**1. ¿Qué ocurrirá primero, la muerte por inanición financiera de la empresa, o la recuperación fiscal que destrabaría el precario estado actual de Distribuidora Automotriz, S.A. de C.V.?**

Considero que en el caso, la problemática radica en la violación al procedimiento dentro del juicio de amparo indirecto, pues si efectivamente la autoridad no fue llamada a juicio como tercero perjudicado, dicho procedimiento deberá ser repuesto, lo cual evidentemente retrasaría la devolución de las cantidades a la empresa y por ende, agravaría la situación financiera de ésta, pues se vería imposibilitada para cumplir con las diversas obligaciones contraídas a la fecha (pago de nómina, pago de deuda contratada con bancos, etc.).

En línea con lo anterior, del análisis realizado a esta parte del caso se aprecia que la planta de la cual era distribuidora le cerró la línea de crédito, lo cual evidentemente puso en riesgo la estabilidad financiera de la empresa y por ende, haría más factible que se enfrente a un proceso de crisis económico antes que le sean devueltas las cantidades a las que tiene derecho.

Aunado a ello, de acuerdo a la experiencia en este tipo de litigios, una reposición al procedimiento dentro del juicio seguido ante los Juzgados de Distrito podría llevar varios meses, pues se deja sin efectos todo lo actuado y aquella parte que no haya sido llamada a juicio –al demostrar que tiene interés jurídico- deberá ser debidamente emplazada a efecto de que manifieste lo que a su derecho convenga, para que posteriormente el juicio de garantías siga su curso normal.

Ante las dilaciones procesales y la falta de expeditéz en la emisión de la resolución, considero que la empresa podría, efectivamente, morir de inanición financiera, ya que no obstante que su derecho a la devolución ha sido así reconocido por un Tribunal, la evidente falta de liquidez le impediría continuar con el curso normal de sus actividades.

## **CUARTA PARTE**

### HECHOS RELEVANTES

1. La empresa cuenta con dos filiales en su inmueble, con distintas oficinas y por ende, con domicilio fiscal diverso. Le proveían de refacciones y de empleados, por lo que una de esas filiales cubría la nómina. Ambas filiales estaban obligadas al pago de cuotas obrero patronales ante el IMSS.
2. Las filiales dejaron de pagar cuotas obrero patronales ante el IMSS.
3. La empresa no tiene empleados directos y por lo tanto, no tenía adeudos con el IMSS.
4. 29 de junio de 2004: Funcionario de la Oficina para Cobros del IMSS se presentó para llevar a cabo una diligencia de embargo para garantizar los adeudos de cuotas obrero patronales, efectuando el embargo de bienes propiedad de la empresa.
5. Posible preclusión procesal para la interposición de un amparo indirecto
6. Recurso de revisión interpuesto por la autoridad fiscal fue declarado como fundado y el Tribunal Colegiado ordenó la reposición del procedimiento en el amparo indirecto, para el efecto de que fuera llamada a juicio.
7. Diciembre 2004: Amparo indirecto fue sobreseído al quedar sin materia el juicio, pues la Sala del TFJFA ya había emitido una resolución en la que ordenó la devolución de pago de intereses por diez años por los periodos de 1993 a 1995.

**1. ¿Fue legal el embargo practicado a bienes de Distribuidora Automotriz, S.A. de C.V.?**

El embargo practicado a la empresa por parte de las autoridades del IMSS es ilegal, por los siguientes razonamientos:

a) Falta de carácter de patrón.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 10 de la LFT, patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o más trabajadores. Dicho precepto debe leerse conjuntamente con el artículo 20 de la LFT, pues define qué debemos entender por relación de trabajo, esto es, a la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona mediante el pago de un salario.

Aunado a lo anterior, la obligación de cubrir las cuotas obrero patronales ante el IMSS surge al momento en que existe una relación de trabajo, es decir, una prestación de trabajo personal, subordinado y mediante el pago de un salario.

La LSS dentro de su artículo 5-A, fracción XV define a las cuotas obrero patronales como las aportaciones de seguridad social establecidas en la Ley a cargo del patrón, trabajador y sujetos obligados. Derivado de ello, dentro del artículo 15 del mismo ordenamiento se señalan las obligaciones de los patrones, entre las que se encuentra precisamente determinar las cuotas obrero patronales a su cargo y enterar su importe al IMSS.

De los hechos relatados en esta parte se aprecia con meridiana claridad que la empresa no tenía empleados a su cargo, ya que tenía celebrado un contrato con una de sus filiales que tenía contratados a diversos empleados.

En ese sentido, si la empresa no tiene carácter de patrón, al no tener a su cargo empleados, resulta ilegal que las autoridades del IMSS hayan llevado a cabo la diligencia de embargo para garantizar los adeudos de cuotas obrero patronales, efectuando el embargo de bienes propiedad de la empresa.

b) No existieron créditos fiscales a cargo de la empresa que motivaran la legal práctica del embargo.

Es innegable que el IMSS cuenta, en términos de lo dispuesto por las fracciones XII, XIV, XV y XXV del artículo 251 de la LSS, con facultades suficientes para:

- Recaudar y cobrar las cuotas de los seguros de riesgos de trabajo, enfermedades y maternidad, invalidez y vida, guarderías y prestaciones sociales, salud para la familia y adicionales, capitales constitutivos y accesorios legales;

- Determinar los créditos a su favor y las bases para la liquidación de cuotas y recargos, fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos;

- Determinar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones incumplidas por los patrones y demás sujetos obligados;

- Aplicar el procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de las liquidaciones que no hubiesen sido cubiertas oportunamente, con sujeción a las normas del Código Fiscal de la Federación y demás disposiciones aplicables.

De lo anterior se colige que siempre que exista incumplimiento por parte de un **patrón o sujeto obligado**, el IMSS se encuentra facultado para determinar las obligaciones incumplidas, cobrarlas y en su caso, aplicar el

procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de liquidaciones *que no hubiesen sido cubiertas oportunamente*.

Por lo tanto, es indispensable que una persona física o moral tenga el carácter de **patrón**, y por ende, debemos poner especial énfasis en el término, ya que de otra forma no resulta justificado el cobro de cuotas obrero patronales, créditos, accesorios y menos aun, que sea llevado a cabo el procedimiento administrativo de ejecución por parte de las autoridades administrativas.

Cabe agregar que para el caso del procedimiento administrativo de ejecución, la LSS no prevé reglas específicas que deban ser observadas por el IMSS para llevar a cabo dicho procedimiento, por lo que es necesario aplicar supletoriamente el Código Fiscal de la Federación a este respecto, tal como lo dispone el artículo 9 de la LSS, al señalar que “a falta de norma expresa en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, del Código o del derecho común, en ese orden, cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del régimen de seguridad social que establece esta Ley”.

Por lo anterior, es necesario aplicar el CFF para efectos del procedimiento administrativo de ejecución. Al respecto, el artículo 145 del referido ordenamiento, vigente en el ejercicio de 2004, establecía lo siguiente:

**“Artículo 145.** Las autoridades exigirán el pago de los créditos fiscales que no hubieren sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la ley, mediante el procedimiento administrativo de ejecución.

Se podrá practicar embargo precautorio, sobre los bienes o la negociación del contribuyente, para asegurar el interés fiscal, cuando:

I. El contribuyente se oponga u obstaculice la iniciación o desarrollo de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales o no se pueda notificar su inicio por haber desaparecido o por ignorarse su domicilio.

II. Después de iniciadas las facultades de comprobación, el contribuyente desaparezca o exista riesgo inminente de que oculte, enajene o dilapide sus bienes.

III. El contribuyente se niegue a proporcionar la contabilidad que acredite el cumplimiento de las disposiciones fiscales, a que se está obligado.

[...].”

De la anterior transcripción se desprende que el mencionado procedimiento administrativo de ejecución puede ser llevado a cabo por las autoridades fiscales, con el objeto de que exijan el pago de créditos fiscales que no hubieren sido cubiertos o garantizados dentro de los plazos señalados por la ley.

En ese sentido, el embargo practicado por el IMSS es ilegal en virtud de que:

a) La empresa no tiene carácter de patrón, por no tener empleados a su cargo respecto de los cuales tuviera obligación de pagar cuotas obrero patronales en términos de lo dispuesto por la fracción III del artículo 15 de la LSS.

b) Al no existir obligación de determinar y enterar las cuotas al IMSS, es claro que no tenía adeudos a su cargo que motivaran la existencia de créditos fiscales.

c) No existían créditos fiscales que no hubieran sido cubiertos o garantizados, por lo que las autoridades del IMSS actuaron en flagrante contravención a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 145 del Código Fiscal de la Federación, aunado a que llevaron a cabo el embargo respecto de bienes que son propiedad de la empresa, la cual, se insiste, no tenía obligación alguna respecto de los supuestos adeudos que las filiales tuvieran con el IMSS.

## 2. ¿Los abogados estaban en tiempo para la promoción de algún posible amparo indirecto?

De acuerdo a la información que nos fue proporcionada, el **29 de junio de 2004** fue llevada a cabo la diligencia de embargo de bienes propiedad de la empresa con el objeto de garantizar los adeudos de cuotas patronales ante el IMSS.

Ahora bien, el análisis de esa situación fue realizado por el Sr. Bustos hasta el **22 de julio de 2004**, por lo que si hubiese sido su intención promover un amparo indirecto en contra de los actos del IMSS, debía atender a lo dispuesto por los artículos 21 y 22 de la Ley de Amparo, los cuales disponen lo siguiente:

**“Artículo 21.** El término para la interposición de la demanda de amparo será de quince días. Dicho término se contará desde el día siguiente al en que haya surtido efectos, según la ley del acto, la notificación al quejoso de la resolución o acuerdo que reclame; al en que haya tenido conocimiento de ellos o de su ejecución, o al en que se hubiese ostentado sabedor de los mismos”.

**“Artículo 22.** Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

I. Los casos en que a partir de la vigencia de una ley, ésta sea reclamable en la vía de amparo, pues entonces el término para la interposición de la demanda será de treinta días.

II. Los actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportar o destierro, cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, o la incorporación forzosa al servicio del ejército o armada nacionales.

[...]”.

En línea con lo anterior, conviene también señalar el contenido del artículo 23 de la Ley de Amparo, el cual establece que son días hábiles para toda promoción, substanciación y resolución de los juicios de amparo, todos los días

del año, con exclusión de los sábados y domingos, el 1° de enero, 5 de febrero, 1° y 5 de mayo, 14 y 16 de septiembre, 12 de octubre y 20 de noviembre.

En ese sentido, en la especie, el acto que pudiera ser reclamado a través del juicio de garantías fue notificado por las autoridades del IMSS el **29 de junio de 2004**, por lo que si para el 22 de julio de 2004, el Sr. Bustos acudió a asesorarse al respecto con sus abogados, el plazo para la interposición de la demanda ya había vencido, como se aprecia de los siguientes calendarios:

#### JUNIO 2004

DOMINGO	LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO
		1	2	3	4	5
6	7	8	9	10	11	12
13	14	15	16	17	18	19
20	21	22	23	24	25	26
27	28	<b>29 NOTIFICACIÓN</b>	<b>30 SURTIMIENTO DE EFECTOS</b>			

#### JULIO 2004

DOMINGO	LUNES	MARTES	MIÉRCOLES	JUEVES	VIERNES	SÁBADO
				<b>1 INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO</b>	2	3
4	5	6	7	8	9	10
11	12	13	14	15	16	17
18	19	20	<b>21 DÍA DE VENCIMIENTO PARA PRESENTACIÓN DEL AMPARO</b>	22	23	24
25	26	27	28	29	30	31

Es decir, si el acto fue notificado el martes 29 de junio de 2004, el día 30 de junio surtió efectos la notificación del mismo, pues aplican las reglas de notificaciones y surtimientos de efectos del CFF, por lo que entonces el cómputo del plazo inició el jueves 1° de julio, por lo que el 21 de julio debió haber sido promovida la demanda de garantías.

Por lo anterior, desde un punto de vista estricto y conservador, si fue hasta el jueves 22 de julio cuando el Sr. Bustos analizó si debía o no interponer un medio de defensa en contra del embargo practicado, es claro que por lo que se refiere a la demanda de amparo indirecto, ya había transcurrido en exceso el plazo señalado por el artículo 21 de la Ley de Amparo.

Lo anterior, desde mi punto de vista, es lo que sucedió, sin embargo, podría haberse planteado un escenario distinto, y más arriesgado, al argumentar que el embargo practicado a la empresa contravino lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a la letra dispone:

**“Artículo 22.** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”-

(Énfasis añadido)

En efecto, podría argumentarse que la actuación de las autoridades del IMSS resulta confiscatoria y violatoria del artículo 22 referido, puesto que el embargo fue practicado sobre bienes propiedad de la empresa, no obstante que ésta no se encontraba obligada al pago de las cuotas obrero patronales que supuestamente motivaron la emisión de créditos fiscales a su cargo y por ende al procedimiento administrativo de ejecución.

Si ése fuera el caso, entonces aplicaría lo dispuesto por la fracción II del artículo 22 de la Ley de Amparo, que establece que la interposición de la demanda de garantías podrá interponerse en cualquier tiempo cuando se trate de actos que importen peligro a la vida, ataques a la libertad personal, deportar o destierro o cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos.

Por otra parte, considero que en el caso, podría haberse promovido una demanda de nulidad ante las Salas Regionales del TFJFA, dentro del término de 45 días hábiles, argumentando que, en términos de lo dispuesto por el artículo 209-BIS del CFF, la empresa desconoce el contenido de los créditos fiscales que motivaron la emisión y la práctica del embargo, por lo que las autoridades del IMSS estarían obligadas a dar a conocer a la empresa dichos créditos fiscales para que ésta estuviera en posibilidad de impugnarlos mediante escrito de ampliación a su demanda inicial.

### **3. En caso afirmativo, ¿procedía la suspensión provisional del acto reclamado?**

Efectivamente, si se optara por el amparo indirecto por violación a lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la empresa se encontraría en aptitud de solicitar la suspensión provisional y definitiva ante el Juez de Distrito.

La suspensión procede puesto que de lo contrario, existe temor fundado de que las autoridades del IMSS lleven a cabo el remate de los bienes de la empresa que fueron embargados, lo cual evidentemente dejaría en estado de indefensión a la empresa, y se traduciría en un acto de imposible reparación que le depararía un grave perjuicio en su esfera jurídica.

Cabe señalar que la suspensión del acto reclamado procedería de oficio inclusive, pues de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 123 de la Ley de Amparo, dicha suspensión procede cuando:

**“Artículo 123.** Procede la suspensión de oficio:

I. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;

II. Cuando se trate de algún otro acto, que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

III. (Se deroga).

**La suspensión a que se refiere este artículo se decretará de plano en el mismo auto en que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento,** haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta Ley.

Los efectos de la suspensión de oficio únicamente consistirán en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; y tratándose de los previstos en la fracción II de este artículo, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados”-

(Énfasis añadido)

En la especie, el acto reclamado consiste en uno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunado a que, de llegar a consumarse, haría físicamente imposible restituir a la empresa en el goce de la garantía individual reclamada, por lo que la suspensión procede para el efecto de que cesen los efectos del embargo confiscatorio de bienes propiedad de la empresa y para ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guardaban hasta antes de que fueran llevado a cabo los actos de embargo.

#### **4. ¿Cómo se podría probar el interés jurídico en caso de la procedencia de amparo indirecto?**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley de Amparo, el juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame.

En el caso, la empresa debe acreditar que sufrió un agravio personal y directo para poder acudir al juicio de garantías, como se ilustra con la siguiente tesis aislada:

**“INTERÉS JURÍDICO, NO LO JUSTIFICA EL SER SEÑALADO COMO PARTE EN UN JUICIO. ES NECESARIO QUE LA RESOLUCIÓN EMITIDA EN ÉSTE LE CAUSE PERJUICIO.** Aun cuando la quejosa fue señalada como parte demandada en el juicio agrario de origen y no se le emplazó, tales circunstancias no bastan para justificar el interés jurídico necesario en la instancia constitucional, porque no es suficiente que una persona sea parte de un procedimiento para estimar actualizado el mencionado interés en la instancia de mérito, requiriéndose en forma indispensable que la resolución definitiva reclamada le perjudique y, si esto no queda demostrado, no se actualiza la existencia de un **agravio personal**, inmediato y directo que acredite el interés jurídico de la quejosa en el juicio de garantías”.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 308/96. Elia de Mares González. 8 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Baraibar Constantino. Secretaria: Ninfa María Garza Villarreal.

(Énfasis añadido)

En ese sentido, sería necesario acreditar lo siguiente:

1. La propiedad de los bienes que fueron objeto del embargo practicado por el IMSS. Para lo cual podría exhibirse como prueba la factura del bien de que se trate.

2. Que los actos reclamados fueron dirigidos a la empresa, exhibiendo para ello los oficios en los que se contengan los citatorios, actas de notificación, actas de requerimiento de pago y/o embargo y los mandamientos de ejecución emitidos por las autoridades del IMSS.

**5. ¿Se podría aprovechar la situación para promover amparo contra leyes, respecto de las normas que atribuyen facultades coercitivas al IMSS y la posible inconstitucionalidad de las cuotas obrero patronales?**

Considero que en el caso, el amparo contra leyes por una posible inconstitucionalidad de las cuotas obrero patronales sería improcedente, puesto que el agravio que principalmente se haría valer en la demanda de garantías es que la empresa **no tiene carácter de patrón**, y por lo tanto, **no se encuentra obligada al pago de cuotas obrero patronales**, por lo que resultaría inoperante argumentar que, por un lado, no existió el hecho generador (relación laboral) que justifique la determinación de créditos fiscales por concepto de omisiones en el pago de cuotas obrero patronales y por otro, argumentar que el cobro de cuotas obrero patronales es inconstitucional.

Aunado a lo anterior, la determinación y entero del pago de cuotas obrero patronales, encuentra su justificación en las fracciones XIV y XXIX del Apartado A del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues, por lo que se refiere a la rama del seguro de riesgos de trabajo, la fracción XIV establece que los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; y por lo que se refiere a los seguros de enfermedades y maternidad, invalidez y vida, retiro, cesantía en edad avanzada y vejez y guarderías y prestaciones sociales, éstos también encuentran su justificación en la Constitución, pues la fracción XXIX del artículo citado establece que es de utilidad pública la LSS, y ésta comprenderá los referidos seguros, por lo que es claro que el medio para cumplir con dichas disposiciones, es precisamente la cuota obrero patronal.

Ahora bien, tampoco resultaría procedente promover un amparo contra leyes en contra de las normas que atribuyen facultades coercitivas al IMSS,

pues por disposición expresa de la LSS, el IMSS es un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios que tiene carácter de organismo fiscal autónomo, tal como lo establece el artículo 5° de dicho ordenamiento.

En línea con lo anterior, el artículo 251 de la LSS expresamente establece que el IMSS cuenta, entre otras, con las facultades y atribuciones siguientes: i) recaudar y cobrar las cuotas de los seguros del régimen obligatorio del seguro social; ii) determinar los créditos a su favor, así como las bases para la liquidación de cuotas y recargos, así como sus accesorios y fijarlos en cantidad líquida, cobrarlos y percibirlos; iii) determinar obligaciones incumplidas; iv) ordenar y practicar visitas domiciliarias; v) aplicar el procedimiento administrativo de ejecución, etc.

Sirve para ilustrar lo anterior, el siguiente criterio:

**“SEGURO SOCIAL. LOS ARTÍCULOS 251, FRACCIÓN XV, DE LA LEY RELATIVA Y 22 DEL REGLAMENTO PARA EL PAGO DE CUOTAS VIGENTE HASTA EL 1o. DE NOVIEMBRE DE 2002, AL NO PREVER QUE DEBA NOTIFICARSE AL GOBERNADO EL INICIO DE LA FACULTAD A QUE SE REFIEREN, NI LA TEMPORALIDAD EN QUE ÉSTA DEBE LLEVARSE A CABO, NO INFRINGEN LAS GARANTÍAS DE INVOLABILIDAD DOMICILIARIA Y SEGURIDAD JURÍDICA TUTELADAS POR EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.** Del análisis conjunto de los numerales 251, fracción XV, de la Ley del Seguro Social y 22 del Reglamento para el Pago de Cuotas del Seguro Social vigente hasta el 1o. de noviembre de 2002, se desprende que el Instituto Mexicano del Seguro Social procederá a determinar la existencia, contenido y alcance de las obligaciones incumplidas por los patrones y demás sujetos obligados en los términos de ley, cuando dichos patrones no determinen el importe de las cuotas obrero-patronales dentro del plazo señalado en la ley, sus reglamentos, el decreto o convenio de incorporación respectivo, o lo hagan en forma incorrecta, para lo cual dicho instituto determinará en cantidad líquida las cuotas omitidas y formulará la cédula de liquidación correspondiente, aplicando, en su caso: a) Los datos con que cuente; b) Los documentos proporcionados por otras autoridades fiscales; c) La información contenida en los dictámenes formulados por contador público autorizado; o, d) Con base en los hechos que conozca con motivo del ejercicio de las

facultades de comprobación que tiene como organismo fiscal autónomo; es decir, el Instituto Mexicano del Seguro Social, para determinar los créditos fiscales en contra de los patrones, con base en lo dispuesto por los mencionados artículos, no requerirá a la parte patronal para que le proporcione los datos necesarios para determinar las cuotas obrero-patronales omitidas o aquellas que hubiese enterado de forma incorrecta, menos aún tendrá que practicarle visita domiciliaria para lograr tal fin y, por tanto, no es requisito indispensable que se notifique al gobernado el inicio de **facultades de fiscalización** que no tienen la naturaleza de visitas domiciliarias o de revisiones de gabinete o escritorio, tan es así, que el referido artículo 251, en sus fracciones XVIII y XXVIII regula su práctica; por ende, no puede concluirse que la referida fracción XV del aludido artículo 251 y el diverso 22 del reglamento citado, al no prever que deba notificarse al gobernado el inicio de la facultad señalada en tales preceptos legales, ni la temporalidad en que ésta debe llevarse a cabo, infrinjan las garantías individuales de inviolabilidad domiciliaria y seguridad jurídica que tutela el artículo 16 constitucional.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL VIGÉSIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 32/2006. Real Mar, S.A. de C.V. 20 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Martiniano Bautista Espinosa. Secretario: Mario Alejandro Noguera Radilla.

Por ello, no resultaría procedente el amparo contra leyes, pues el IMSS tiene el carácter de organismo fiscal autónomo y cuenta por lo tanto con facultades de comprobación y de fiscalización, por disposición expresa de la ley de la materia.

## QUINTA PARTE

### HECHOS RELEVANTES

- 26 de agosto de 2004: Admisión de la demanda de amparo indirecto en contra de los embargos practicados por el IMSS.
- Procedencia del amparo: confiscación de bienes embargados, pues garantizaban adeudos ajenos, por lo que aplicaba plazo de 30 días (autoaplicativo).

- El Juez de Distrito otorgó la suspensión provisional para el efecto de que las cosas se mantuvieran en el estado en el que se encontraban.
- 4 de septiembre de 2004: las autoridades del IMSS notificaron a la empresa la fecha en la que habría de llevarse a cabo el remate de los bienes embargados.
- Violación a la suspensión decretada por el Juez de Distrito por parte de las autoridades del IMSS.
- Otra cuestión: las autoridades del SAT no dieron cumplimiento a lo ordenado por el TFJFA dentro de la queja que ordenó la devolución de los intereses de los ejercicios de 1993 a 1995.

### **1. ¿Hubo violación a la suspensión decretada por el Juez de Distrito?**

En efecto, las autoridades del IMSS violaron la suspensión definitiva otorgada por el Juez de Distrito dentro del juicio de garantías, puesto que de la información proporcionada se aprecia que dichas autoridades notificaron el 4 de septiembre de 2004 a la empresa, la fecha en que habría de llevarse a cabo el remate de los bienes embargados que garantizaban los créditos fiscales por ellas determinados.

Se afirma lo anterior pues es claro que esas autoridades fueron debidamente notificadas del otorgamiento de suspensión por parte del Juez de Distrito, por lo que violaron lo dispuesto por los artículos 122, 123 y 124 de la Ley de Amparo.

En específico, los artículos 122 y 123 de la Ley de Amparo establecen a la letra, lo siguiente:

**“Artículo 122.** En los casos de la competencia de los jueces de distrito, la suspensión del acto reclamado se decretara de oficio o a petición de la parte agraviada, con arreglo a las disposiciones relativas de este capítulo”.

**“Artículo 123.** Procede la suspensión de oficio:

I. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal;

II. Cuando se trate de algún otro acto, que, si llegare a consumarse, haría físicamente imposible restituir al quejoso en el goce de la garantía individual reclamada.

III. (Se deroga).

**La suspensión a que se refiere este artículo se decretará de plano en el mismo auto en que el juez admita la demanda, comunicándose sin demora a la autoridad responsable, para su inmediato cumplimiento,** haciendo uso de la vía telegráfica, en los términos del párrafo tercero del artículo 23 de esta Ley.

Los efectos de la suspensión de oficio únicamente consistirán en ordenar que cesen los actos que directamente pongan en peligro la vida, permitan la deportación o el destierro del quejoso o la ejecución de alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional; y tratándose de los previstos en la fracción II de este artículo, serán los de ordenar que las cosas se mantengan en el estado que guarden, tomando el juez las medidas pertinentes para evitar la consumación de los actos reclamados”-

(Énfasis añadido)

Por lo anterior es que se afirma que hubo violación a la suspensión decretada por el Juez de Distrito, pues de la información proporcionada se aprecia la intención de la autoridad responsable para llevar a cabo el remate de los bienes embargados que garantizaban el interés fiscal de los supuestos adeudos con las autoridades del IMSS.

## **2. ¿La autoridad responsable cometió algún delito?**

Sí, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 206 de la Ley de Amparo, la autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Pena aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuando

a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.

La siguiente tesis jurisprudencial sirve para sustentar el argumento expuesto:

**“VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN. NO QUEDA SIN MATERIA LA DENUNCIA RELATIVA O, EN SU CASO, LA QUEJA INTERPUESTA CONTRA LA RESOLUCIÓN PRONUNCIADA EN ESA DENUNCIA, AL RESOLVERSE EL JUICIO DE AMPARO. El objeto primordial de la suspensión consiste en mantener viva la materia del juicio constitucional impidiendo que el acto que lo motiva, al consumarse irreparablemente, haga ilusoria para el agraviado la protección de la Justicia Federal, evitándole los perjuicios que la ejecución del acto reclamado pudiera ocasionarle, aunado a que la autoridad está vinculada a acatar la suspensión ya que de no hacerlo, la parte afectada puede denunciar la violación a la suspensión, o bien, interponer queja contra lo resuelto en la denuncia. Por tanto, la responsabilidad en que pueda incurrir la autoridad que desacató el auto de suspensión, no puede dejar de resolverse por el solo motivo de que se falló el juicio mediante sentencia ejecutoriada, en tanto que existe un sistema de responsabilidades dispuesto en la Ley en el cual destaca la responsabilidad de la autoridad infractora contenida en el artículo 206 de la Ley de Amparo, derivada del hecho de que haya desobedecido la suspensión decretada por el Juzgador Federal y de resolverse que existe tal responsabilidad por desacato a la medida cautelar, deberá sancionársele en términos del Código Penal Federal, independientemente de cualquier otro delito en que incurra. Esto es, corresponde indefectiblemente al Juzgador Federal determinar los alcances de la suspensión decretada y si en su caso existió o no la violación a la medida cautelar, de manera que con base en estos elementos la representación social ante la que se realice la denuncia sobre la probable comisión del delito a que se refiere el indicado artículo 206, pueda contar con los elementos suficientes para, en su caso, integrar la averiguación previa correspondiente, pues no considerarlo así implicaría dejar en manos de dicha representación fijar los alcances y efectos de la suspensión para determinar si existió o no la violación a ésta. Además, si se deja sin materia la denuncia de violación a la suspensión o, en su caso, la queja interpuesta contra la resolución derivada de dicha denuncia, por estimar que ya se falló el juicio de garantías mediante sentencia ejecutoriada, la posibilidad de fincar una responsabilidad penal a la autoridad encargada de cumplir con la medida cautelar no dependerá de la conducta de desacato, sino del momento procesal en que se resuelva el medio de defensa”**

Contradicción de tesis 16/2007-PL. Entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la

Nación. 8 de diciembre de 2009. Mayoría de siete votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Secretaria: María Antonieta del Carmen Torpey Cervantes.

El Tribunal Pleno, el veintiséis de enero en curso, aprobó, con el número 2/2010, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a veintiséis de enero de dos mil diez.

(Énfasis añadido)

En ese orden de ideas, se afirma que en el caso concreto, las autoridades del IMSS cometieron el delito previsto en el artículo 206 de la Ley de Amparo, al haber descatado la sentencia de suspensión otorgada por el Juez de Distrito.

### **3. ¿Procede algún medio de defensa en contra del incumplimiento de la responsable, de no devolver las cantidades en el plazo ordenado?**

Procede la interposición de una queja por omisión en el cumplimiento a una sentencia del TFJFA, como lo fue la sentencia de queja por la cual se ordenó a la autoridad fiscal a devolver a la empresa las cantidades por concepto de intereses de los ejercicios de 1993 a 1995 dentro del término de 20 días.

El artículo 239-B fracción I, inciso b) del CFF vigente en las fechas que nos fueron proporcionadas, preveía lo siguiente:

**“Artículo 239-B.** En los casos de incumplimiento de sentencia firme o sentencia interlocutoria que hubiese otorgado la suspensión definitiva, la parte afectada podrá ocurrir en queja, por una sola vez, ante la Sala del Tribunal que dictó la sentencia, de acuerdo con las siguientes reglas:

I. Procederá en contra de los siguientes actos:

[...]

b) Cuando la autoridad omita dar cumplimiento a la sentencia, para lo cual deberá haber transcurrido el plazo previsto en ley”.

En la especie, la empresa tiene la posibilidad de promover la referida queja, al no existir cumplimiento a lo ordenado por el TFJFA por parte de las autoridades fiscales.

**4. En caso de proceder algún medio de defensa, ¿con qué término se cuenta?**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 239-B, fracción I, inciso b) del Código Fiscal de la Federación vigente en ese entonces, la queja puede ser promovida en cualquier tiempo, por tratarse de omisión en el cumplimiento.

## **Bibliografía**

- **ALVIREZ** Friscione, Alfonso. “La Participación de Utilidades”. Porrúa, México, 1976.
  
- **ÁVILA** Salcedo, Luis F. “La seguridad social y el Instituto Mexicano del Seguro Social”. Porrúa, México, 2007.
  
- **BRICEÑO** Ruiz, Alberto. “Derecho Individual del Trabajo”. Editorial Harla, S.A.de C.V., México, 1985.
  
- **BRICEÑO** Ruiz, Alberto. “Derecho de la seguridad social”. Oxford University Press, México, 2010.
  
- **CÁZARES** García, Gustavo. “Derecho de la seguridad social”. Porrúa, México, 2007.
  
- **CHIAVENTO**, Idalberto. “Administración de Recursos Humanos”. McGraw Hill, Colombia, 2000.
  
- **DE BUEN** Lozano, Néstor. “Derecho de la seguridad social. Manual”. Porrúa, México, 2006.
  
- **DICCIONARIO JURÍDICO SOBRE SEGURIDAD SOCIAL**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. ISSSTE. IMSS, México, 1994.
  
- **ERUDITOS PRÁCTICOS LEGIS**. “Régimen Laboral Mexicano”, LEGIS, México, 2006.

- **GUERRERO**, Euquerio. “Manual de Derecho del Trabajo”. Porrúa, México, 1970.
  
- **MARTÍNEZ** y González, Arturo. “El Derecho Laboral y la Seguridad Social en la Actualidad”. Arturo Martínez y González, S.C. Tomo I, México, 2005.
  
- **MENDIZÁBAL** Bermúdez, Gabriela. “La seguridad social en México”. Porrúa, México, 2007.
  
- **MORENO** Padilla, Javier. “Tratado del derecho de la seguridad social”. Tomos 1 y 2. Dofiscal, México, 2009.
  
- **MUÑOZ** Ramón, Roberto. “Derecho del Trabajo”. Porrúa, México, 1976.
  
- **ROTHERY** Brian e Ian Robertson. “Outsourcing”. Limusa, México, 1995.
  
- **RUIZ** Moreno, Ángel Guillermo. “Los delitos en materia del seguro social”. Porrúa, México, 2004.
  
- **TRUEBA** Urbina, Alberto. Nuevo Derecho Administrativo del Trabajo. 2a. Edición. Ed. Porrúa, 1979.

#### **Otras fuentes consultadas**

- [www.oit.org](http://www.oit.org)
  
- [www.un.org/es/documents/udhr/](http://www.un.org/es/documents/udhr/)
  
- [www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx)

- **BIRD** Miriam and Christoph Ernst. "Offshoring and employment in the developing world: Business process outsourcing in the Philippines". International Labour Office, Employment Sector. Employment Working Paper No. 41, Geneva, 2009.
  
- **TAMBUSAI**, Muzni. "Outsourcing". International Labour Office. Industrial Relations Series, Seri3, 2005.
  
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
  
- Ley del Seguro Social
  
- Ley Federal del Trabajo