

De: Karen Badillo Medina <kbadillo@dorantesadvisors.com>
Enviado el: viernes, 9 de septiembre de 2022 09:50 p. m.
Para: Alberto Montoya Martin Del Campo; Contacto CONAMER
Asunto: Se presentan comentarios al expediente 14/0008/050822

Marca de seguimiento: Seguimiento
Estado de marca: Marcado



Dr. Alberto Montoya Martín del Campo
Comisionado Nacional de Mejora Regulatoria,
Secretaría de Economía,
Presente.

A continuación, expreso mis comentarios particulares respecto de la respuesta de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social al requerimiento contenido en el oficio No. CONAMER/22/3694 relativo al *Acuerdo por el cual se establecen criterios en materia de subcontratación relacionados con la agroindustria de exportación (expediente 14/0008/050822)*.

En mi opinión, el artículo 71 de la LGMR no contempla la posibilidad de que la CONAMER requiera “más información” a los Sujetos Obligados para resolver respecto de la solicitud de exención de un AIR, sino simplemente establece que esa H. Autoridad debe resolver sobre la concesión o rechazo de dicha solicitud, sin que exista la alternativa de que se les permita a los Sujetos Obligados “reponer”, “completar” o “corregir” su solicitud de exención. De esta manera, en mi opinión, la CONAMER debió haber rechazado la solicitud de exención de AIR lisa y llanamente, debido a que, como la propia CONAMER indicó en el citado oficio, la Propuesta Regulatoria “pudiera generar costos de cumplimiento” a los particulares conforme a los propios Lineamientos establecidos por ella al efecto. Considerando lo anterior, es importante que esa H. Autoridad explique cuál es el fundamento legal con base en el cual concedió a la STPS el derecho de presentar “más información” para fundamentar su solicitud de exención de AIR.

Segundo, considero que la STPS no pudo justificar en su respuesta que la propuesta regulatoria contenga acciones regulatorias que ya se encuentren previstas en la legislación nacional. En este sentido, aprovecho para subrayar que dolosamente, la Propuesta Regulatoria pretende implementar criterios adicionales a los ya establecidos en la Ley Federal del Trabajo (en adelante “LFT”), así como en el Código Fiscal de la Federación (en adelante “CFF”) para determinar cómo y cuándo nos encontramos en un esquema de subcontratación; además de que pretende imponer mayores limitantes a la posibilidad de subcontratar servicios u obras especializados conforme al artículo 13 de la LFT. Específicamente, de conformidad con el artículo 12 de la LFT es “cuando una persona física o moral proporciona o pone a disposición trabajadores propios en beneficio de otra”. A su vez, el artículo 13 permite “la subcontratación de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas que no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la beneficiaria de estos (...)”. Adicionalmente, el artículo 15-D, del CFF entiende por subcontratación “cuando el contratista proporcione o ponga a disposición del contratante a sus trabajadores para desempeñar actividades relacionadas tanto con el objeto social como con la actividad económica preponderante del contratante”. Por lo anterior, es improcedente la afirmación de la STPS respecto a que “... la propia Ley, no determina definiciones, clasificaciones, caracterizaciones o cualquier otro término de referencia que pueda ser susceptible de modificación a través de la propuesta regulatoria”.

En tercer lugar, la STPS no justificó que su Propuesta tenga por objeto garantizar que los beneficios son superiores a los costos que esta generaría. Específicamente, en su respuesta a la solicitud de exención de AIR, esa H. Autoridad expresamente solicitó a la STPS “verificar la viabilidad y pertinencia de la aplicación del esquema alternativo que prevé el numeral 3 de la Propuesta ...”. Sin embargo, en su respuesta, la STPS no justificó cómo el obligar a una persona física o moral a cambiar de giro para ofrecer servicios completamente ajenos a su objeto social -como lo son el reclutamiento, selección, entrenamiento, capacitación o transporte-, es una propuesta viable y pertinente conforme las disposiciones previstas en la reforma en materia de subcontratación. Desde mi perspectiva, la Propuesta Regulatoria sí genera mayores costos que beneficios a los particulares, toda vez que prohíbe que las personas físicas o morales se dediquen a las actividades de corte, cosecha y recolección de frutos, lo cual a su vez, implica trastocar la dinámica de

la agroindustria, además de tener efectos económicos y sociales adversos; lo cual es contrario al principio de mejora regulatoria que busca que una Propuesta Regulatoria garantice mayores beneficios y el máximo beneficio social. Esto es así, primero, porque la delimitación prevista en el tercer criterio de la Propuesta Regulatoria es contraria al derecho humano al trabajo previsto en el artículo 5º Constitucional, el cual señala que *"a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos (...)".* En segundo lugar, porque las actividades de corte, cosecha y recolección cumplen con la definición de servicios u obras especializadas toda vez que reúnen elementos y factores distintivos como son el uso de herramienta y maquinaria especializada, la participación de empleados con capacitación especializada, la existencia de certificaciones en materia de calidad e inocuidad, entre otros. Como último factor a considerar, la autoridad laboral no tiene la facultad para determinar las actividades a las que puede o debe dedicarse un patrón y menos aún, cuando participa en un ciclo productivo. Este elemento se desarrolla con mayor precisión en el siguiente apartado. En este sentido, es necesario insistir en que el concepto de actividad preponderante ya se encuentra previsto en el artículo 45 del Reglamento del Código Fiscal de la Federación (en adelante, "RCFF"), mismo que establece claramente que una "actividad preponderante" es *"aquella actividad económica por la que, en el ejercicio de que se trate, el contribuyente obtenga el ingreso superior respecto de cualquiera de sus otras actividades"*. Por ende, en todo caso, los inspectores deben evaluar la fuente de los ingresos de las personas físicas o morales dedicadas al empaque, distribución y exportación de fruta y/o a las empresas dedicadas a la producción del fruto para determinar cuál es la fuente de sus ingresos y con base en dicha evaluación, determinar si una actividad en particular representa la actividad económica preponderante de la empresa.

Como cuarto comentario, quiero extender mi preocupación porque las actividades de corte, cosecha y recolección si son servicios especializados en términos de la LFT. Sobre este particular, resulta importante recordar que el artículo 13 de la LFT no prohíbe la subcontratación de servicios especializados, si no que ésta se encuentra permitida siempre y cuando los servicios "no formen parte del objeto social ni de la actividad preponderante de la beneficiaria de estos". En este sentido, para determinar si un servicio especializado puede ser objeto de subcontratación o no, se requiere de un acto de aplicación de la LFT por parte de la autoridad correspondiente, en este caso la STPS, en el cual dicha autoridad debe demostrar, considerando las particularidades de cada caso, que el servicio en cuestión no encuadra dentro de los supuestos previstos en el referido artículo y, por tanto, constituye un acto de simulación de la relación laboral. En consecuencia, considero que la calificación que hace la STPS respecto a que las actividades de corte, cosecha o recolección de frutos no constituyen servicios especializados en los términos de la LFT y del Acuerdo REPSE, resulta completamente errónea y carente de toda justificación. Más aún, la determinación de que dichas actividades constituyen actos de simulación debería derivar de un acto fundado y motivado y no de expresiones generales o abstractas como es el caso.

Como quinto comentario, deseo enfatizar que la STPS no presentó elementos adicionales que permitan determinar que las acciones regulatorias no generan costos de cumplimiento para los particulares y por lo tanto es posible afirmar que la propuesta regulatoria contraviene el principio de funcionamiento eficiente de los mercados. Esto es así, toda vez que legislación vigente pertinente, permiten, en su conjunto, aplicar claramente los supuestos en que una persona física o moral puede prestar servicios especializados o ejecutar obras especializadas. Cabe precisar que, de conformidad con la exposición de motivos de la reforma en materia de subcontratación, la iniciativa tenía como finalidad erradicar el fenómeno de la subcontratación de personal llevada a cabo a través de prácticas indebidas, sin que esto repercuta de manera negativa en las empresas que, por cuestiones de sus esquemas de producción y prestación de servicios, requieran de la subcontratación de servicios u obras especializadas para llevar a cabo su actividad comercial. Es decir, la reforma no tuvo como objetivo limitar y/o prohibir que una persona física o moral preste servicios u obras especializadas, y mucho menos, establecer anticipadamente que un eslabón de la agroindustria deba ser catalogado como subcontratación prohibida bajo la LFT, sin que ello derive de un ejercicio de verificación e inspección por parte de la STPS. Adicionalmente, de publicarse la Propuesta Regulatoria, ésta generaría costos de cumplimiento para los particulares, pues en principio, ésta atenta contra el esquema de negocios de las empresas o personas físicas que se dedican al cultivo, empaque, distribución y exportación de fruta, al prohibir la subcontratación de servicios especializados de corte, cosecha o recolección de frutos por no considerarlos como servicios u obras especializadas; y por el contrario, definir sin fundamentación ni motivación, que se trata de un esquema de simulación.

Por estas razones pido a esa H. Autoridad rechazar definitivamente la solicitud de la STPS respecto de la exención de la obligación de presentar un AIR y, por lo tanto, requerir que se someta la Propuesta Regulatoria al procedimiento ordinario de mejora regulatoria. Lo anterior, toda vez que la información y argumentos previstos en la solicitud de exención no resultan suficientes para determinar que el *Proyecto de Acuerdo por*

el cual se establecen criterios en materia de subcontratación relacionados con la agroindustria de exportación no implica costos de cumplimiento para los particulares.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterarle mi más alta consideración más atenta y distinguida.

Karen Badillo Medina

Por mi propio Derecho.

--



Karen Badillo Medina

PKSA USA

C: (52 149) 224 0063

T: (52 149) 700 4710

Comercio Exterior
Derecho Regulatorio
Propiedad Intelectual

Boulevard Adolfo Ruiz Cortines 3720, Piso 9, Torre 3 Jardines del Pedregal, Ciudad de Mexico 01900
www.dorantesadvisors.com

AVISO DE PRIVACIDAD: La información contenida en este correo, así como los anexos en él, es confidencial y restringida. El mal uso de la misma, así como su divulgación, distribución, revisión, impresión, retransmisión, o cualquier otro fin sin autorización del remitente se encuentra sujeto a las restricciones y sanciones legales. Si por error ha recibido este correo, favor de notificar inmediatamente al remitente y deberá borrar de su sistema la información recibida, incluyendo sus archivos adjuntos. Para revisar nuestro aviso de privacidad completo, favor de visitar la página web: www.dorantesadvisors.com