

IX CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA AIJDTSSGC

CIUDAD DE GUATEMALA, FEBRERO DE 2014

“¿QUÉ ES EL OUTSOURCING? VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA SUBCONTRATACIÓN.”

Arturo Martínez y González (México)*

En cuanto al outsourcing, lo peculiar es sus contrataciones no laborales es que comprenden el trabajo de personas. Lo humano del trabajo tiende entonces a deslizarse hacia lo que se entiende como mercancía. Se cosifica... y en la legislación reguladora de esas contrataciones se recurre al uso de la palabra “precio”

Emilio Morgado Valenzuela

Sumario: I. Introducción. II. Concepto y generalidades de la subcontratación. III. La subcontratación en la Ley del Seguro Social y criterios jurisprudenciales. IV. Iniciativa preferente del 1º de septiembre del 2012. V. La subcontratación en las reformas a la Ley Federal del Trabajo mexicana del 30 de noviembre de 2012. VI. La subcontratación en la Organización Internacional del Trabajo y en Europa. VII. Ventajas y desventajas de la subcontratación. Propuestas. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

*Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho y Titular de las Cátedras de Derecho del Trabajo Individual, Colectivo y Procesal en la Universidad La Salle de la Ciudad de México. Presidente Honorario Internacional de la Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Agradecemos en todo lo que vale a la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “Dr. Guillermo Cabanellas” la invitación que se nos hizo para participar en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social auspiciado por la AIJDTSSGC y que tendrá verificativo del 26 al 28 de febrero de 2014 en la Ciudad de Guatemala, Guatemala.

En dicho Congreso el tema eje del mismo se ha definido como **“El empleo en un mundo en recesión”**, habiéndonos asignado el estudio correspondiente a **“¿Qué es el outsourcing? ventajas y desventajas de la subcontratación.”**

En tal virtud hemos querido hacer un análisis de la figura del outsourcing (término anglosajón), desde su aparición hasta la actualidad en México, por lo que analizaremos el concepto de esta forma de contratación de personal, su aceptación tácita en la legislación mexicana, el criterio jurisprudencial sobre el particular; la responsabilidad solidaria; la tercerización en nuestro régimen de seguridad social, así como su regulación en la Ley Federal del Trabajo en el que se puso a la subcontratación algunos “candados” a efecto de no defraudar el derecho de los trabajadores, analizaremos la subcontratación en la Organización Internacional del Trabajo y señalaremos algunas ventajas y desventajas de esta figura para al final de este trabajo hacer algunas propuestas para el Derecho Laboral mexicano.

II. CONCEPTO Y GENERALIDADES DE LA SUBCONTRATACIÓN

En México, a partir de los años ochenta apareció la figura del outsourcing, a la cual nosotros llamaremos “subcontratación”, que surge cuando una organización transfiere la propiedad de un proceso de negocio a un suplidor. Se basa en el desprendimiento de alguna actividad que no forme parte de las prácticas principales de una organización, a un tercero especializado. Por prácticas principales se entiende todas aquellas actividades que forman el negocio central

de la empresa y en las que se tienen ventajas competitivas con respecto de la competencia¹.

La subcontratación laboral es una figura cada vez más utilizada por las empresas, llegando a ser una verdadera tendencia a nivel nacional en la forma de contratación de trabajadores, siendo utilizada como una estrategia de negocios con el objetivo de reducir costos en la producción y evitar a la empresa la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución del trabajo.

La utilización de esta figura, alcanza su auge gracias a la necesidad de delegar responsabilidades y compromisos que no son inherentes a la esencia del negocio; lo anterior, es el resultado para que las empresas sean más competitivas en los mercados globales y es cuando las mismas deciden que otros asuman dichas responsabilidades, por poseer la capacidad suficiente de servicios para acompañar las estrategias de crecimiento.

En efecto, la subcontratación de servicios debe buscar la agilización y economía de los procesos productivos para el cumplimiento eficiente de los objetivos sociales de las empresas, de modo que ellas se concentren en lo que les es propio (“zapatero a tu zapato”, dice el dicho popular).

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.²

La subcontratación es la acción de acudir a una agencia exterior para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la empresa, la cual en definitiva contrata un servicio o producto final sin que tenga responsabilidad alguna o

¹ REGINO, Alberto. “La Regulación Jurídica de la Subcontratación, Tercerización u Outsourcing para evitar la Violación de Derechos Sociales” Tesis Doctoral, México, Agosto de 2011. p.p. II y III.

²ROTHERY, Bryan. “Outsourcing” La Subcontratación. Editorial Limusa. México 2008. p. 4.

manejo de la prestación del servicio, la misma actúa con plena autonomía e independencia para atender diversos usuarios, es decir, el comprador trasfiere la propiedad al suplidor, cuando no instruye al mismo en cómo desempeñar una tarea sino que se enfoca en la comunicación de qué resultados quiere y deja al subcontratista el proceso de obtenerlo.³

En otras palabras, la figura del *outsourcing*, (cuyo significado es “contratar afuera”) apareció como una solución de las empresas para efectuar funciones que no son el objeto principal de las mismas y con ello puedan centrarse en lo que mejor saben hacer, focalizando por tanto su atención y sus recursos.

Efectivamente, las empresas actualmente contratan con las llamadas *outsourcing* para que éstas últimas efectúen diversas actividades y funciones, que aún y cuando las realizaba la empresa en principio, por cuestiones de ahorro en costos, les delega esas funciones y actividades no principales al *outsourcing* (prestadora de servicios), buscando tener más recursos la empresa para poder destinarlos a la producción.

El *outsourcing*, es pues, la consecuencia inmediata de la globalización y de la competitividad de y entre las empresas, pues se busca ahorrar tiempos y costos, centrando la atención de la empresa en el objeto principal y para el cual fue creada: la producción; por ello, el surgimiento de esta figura es netamente económico, pero con una característica esencial: la búsqueda de bienes y servicios a un costo menor. Su origen, como acabamos de mencionar, se debe a los efectos de la globalización mundial, y el empeño de las empresas por intentar abaratar los costos y obtener mayores beneficios económicos, es decir, gastar menos y ganar más.⁴

Visto lo que antecede, consideramos propio transcribir algunos conceptos de esta figura.

³ REGINO Alberto. Op. cit. p. 146.

⁴ ROTHERY, Bryan. Op. cit. p. 5.

Néstor De Buen⁵ manifiesta que: “el outsourcing es un fraude empresarial pues ha permitido incrementar el empleo en los países de menor desarrollo en la misma proporción en que disminuye en los países en los que radican las grandes empresas.”

El maestro Juan Raso de la República Oriental del Uruguay nos externa que el concepto de outsourcing, en cuanto a su traducción literaria es el “*de fuente externa, de origen externo*”. Y refiriéndose a Purcell, se define como “la utilización de servicios subcontratados ofrecidos por proveedores especializados”⁶

Emilio Morgado Valenzuela, tratadista chileno establece que desde el marco conceptual “se puede sostener que en Chile el outsourcing puede ser entendido como un conjunto de modalidades mediante las cuales la contratación laboral deja de ser directa entre el que recibe el trabajo y el que lo realiza. En consecuencia migra desde el ámbito de las vinculaciones directamente establecidas entre el empleador y el trabajador-base de la relación laboral del contrato de trabajo clásico-y se domicilia en un ámbito externo, se externaliza.”⁷

Rivero Llamas⁸ define al *outsourcing*: “como una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de ésta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando.”

Para Mariana Domenzain el outsourcing es “la subcontratación de procesos productivos, administrativos o de soporte, con la finalidad de optimizar la eficiencia, la efectividad y/o calidad en las operaciones de una empresa.”⁹

⁵ DE BUEN, Néstor, “*El Outsourcing Visión Iberoamericana*”, México, Porrúa, 2011. P. 38.

⁶ RASO, Juan. “*El Outsourcing Visión Iberoamericana*”, Porrúa. México 2011, P.p. 135 a 138

⁷ MORGADO, Emilio. Et al “*El Outsourcing Visión Iberoamericana*” Porrúa. México 2011. P.p. 79 y 80

⁸RIVERO, citado por Albuquerque F. Rafael. et al *El Outsourcing Visión Iberoamericana*. México, Porrúa, 2011.p. 22.

⁹DOMENZAIN, Mariana. “*Las Empresas Prestadoras de Servicios de Subcontratación y Outsourcing en el Derecho Laboral Mexicano*”. Tesis Profesional. México 2002. P.62.

Podríamos, en suma, mencionar que para nosotros el *outsourcing* debe entenderse como la elección de una empresa, mediante la cual decide que una actividad no principal de la misma, pase a manos de otra empresa a fin de que ésta segunda explote y desarrolle esa actividad de manera eficaz, eficiente y a más bajo costo. Se podría decir, en consecuencia, que el *outsourcing* no es más que un proceso de desconcentración dentro de una empresa. Por ejemplo: en una industria metal-mecánica se podría subcontratar los servicios de vigilancia, limpieza, jardinería, comedor, etcétera.

No obstante los conceptos anteriores, en algunos países, como es el caso de México esta figura se ha prostituido desgraciadamente, pues un gran número de empresas la utiliza para simular la relación jurídica laboral y evadir sus obligaciones legales y contractuales.

En efecto, el problema primordial que encontramos hoy en día con el *outsourcing*, en nuestro país, es que se ha perdido el sentido para el cual fue creada dicha figura. En casi todos los casos, las *outsourcing* utilizan a los trabajadores como mercancía y en mucho de los casos es el reducto para defraudar sus derechos laborales.

En los casos en los cuales el trabajador se encuentra en régimen de subcontratación u *outsourcing*, su vida laboral se desarrolla dentro de un parámetro de incertidumbre, ya que las constantes variaciones en sus condiciones de trabajo vuelven al trabajador totalmente inestable, y como consecuencia de ello, su vida productiva será, necesariamente, ínfima en relación con otros trabajadores que no estén en ese mismo supuesto.

Al haberse tergiversado la naturaleza de esta figura, se realizan actos que nada tienen de jurídicos, como son la celebración de los contratos de suministro de personal y de prestación de servicios profesionales, los cuales, al comerciar con algo que se encuentra fuera del mercado, como es la fuerza de trabajo de un trabajador, son totalmente ilegales.

La estabilidad en el empleo, como sabemos, es el derecho del que gozan los trabajadores cuando, de no existir una causa razonable para ser separados de la fuente de trabajo, gozan de una inamovilidad en el empleo. Sin embargo, en el caso de la subcontratación este principio no existe, porque la inamovilidad no depende más que de la voluntad de la empresa de *outsourcing* como de la empresa denominada “cliente”, ya que aún y cuando nos encontráramos en el supuesto de que no concurrieran las causas razonables, establecidas en la Ley Federal del Trabajo, para dar por terminada la relación de trabajo, la pura voluntad de éstas afecta de manera fundamental e inmediata a los trabajadores, ya que día con día estaríamos en el supuesto de que, si así lo deciden la empresa de *outsourcing* o la empresa denominada “cliente”, en cualquier momento pueden remover al trabajador de su empleo.

En efecto, en cuanto a la subcontratación en México, ésta operaba de dos formas a saber:

- **Subcontratación interna.** Así denominamos a aquella tercerización que se daba en el seno de una empresa corporativa. Su funcionamiento resulta sencillo ya que el empleador, con el objeto de no pagar la participación de utilidades a la que tiene obligación de cubrir entre sus empleados y sobre la base del 10% de la renta gravable en un ejercicio fiscal anual, daba de baja a sus trabajadores en la empresa tenedora de las acciones (la que genera utilidades) y los pasaba a otra empresa constituida por él, con activos raquíticos y que obviamente no reportaba utilidades, defraudando con esto a sus trabajadores.
- **Subcontratación externa.** De esta manera definimos a la tercerización y/o *outsourcing* de empresas constituidas legalmente y ajenas a las empresas beneficiarias o contratantes, las que en un momento dado se ligan mediante un contrato de prestación de servicios profesionales en la que la subcontratista se obliga a proporcionar un determinado número de trabajadores a la contratante o empresa beneficiaria, es decir, a suministrar mano de obra para que, como ya expresamos, reducir costos,

ser más flexibles en la relación laboral, obtener mayor productividad y debilitar, hasta anular casi por completo la labor sindical (ejemplo de estas empresas, podrían ser las multinacionales Manpower, Adecco, entre otras)¹⁰.

Como analizaremos más adelante, era urgente legislar en materia de tercerización ya que nuestra legislación era omisa al respecto, por lo que su aceptación total era tácita. México dio un paso gigantesco en esta materia al frenar el abuso patronal que se estaba dando, primeramente con la reforma a la Ley del Seguro Social, con criterios jurisprudenciales y finalmente con las reformas y adiciones a la Ley Federal del Trabajo.

III. LA SUBCONTRATACIÓN EN LA LEY DEL SEGURO SOCIAL Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

La Ley del Seguro Social, que regula el régimen de seguridad social en México es de observancia general en toda la República Mexicana, contiene normas de orden público y de interés social, entre ellas está la relativa a la subcontratación o tercerización en las relaciones laborales al establecer en el artículo 15-A de dicho ordenamiento legal, (reformado y adicionado el 9 de julio del 2009), lo siguiente:

Artículo 15 A. Cuando en la contratación de trabajadores para un patrón, a fin de que ejecuten trabajos o presten servicios para él, participe un intermediario laboral, cualquiera que sea la denominación que patrón e intermediarios asuman, ambos serán responsables solidarios entre sí y en relación con el trabajador, respecto del cumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Ley.

No serán considerados intermediarios, sino patrones, 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, en los términos de los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley Federal del Trabajo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando un patrón o sujeto obligado, cualquiera que sea su personalidad jurídica o su naturaleza económica, en virtud de un contrato, cualquiera que sea su forma o denominación, como parte de las obligaciones contraídas, ponga a disposición trabajadores u otros sujetos de aseguramiento para que ejecuten los servicios o trabajos acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, en las instalaciones que éste determine, el beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones establecidas en esta Ley en relación con dichos trabajadores en el supuesto de que el patrón omita su cumplimiento, siempre y cuando el Instituto hubiese notificado previamente al patrón el requerimiento correspondiente y éste no lo hubiera atendido.

¹⁰ MARTINEZ, Arturo. "La Subcontratación en el Derecho Laboral Mexicano". Ponencia presentada en Cartagena de Indias, Colombia 2013, en el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, auspiciado por ILTRASS. p. 17.

Asimismo, el Instituto dará aviso al beneficiario de los trabajos o servicios, del requerimiento a que se refiere el párrafo anterior

Los contratantes deberán comunicar trimestralmente ante la Subdelegación correspondiente al domicilio del patrón o sujeto obligado, y del beneficiario respectivamente, dentro de los primeros quince días de los meses de enero, abril, julio y octubre, en relación con los contratos celebrados en el trimestre de que se trate la información siguiente:

I. De las partes en el contrato: Nombre, denominación o razón social; clase de persona moral de que se trate, en su caso; objeto social; domicilio social, fiscal y, en su caso, convencional para efectos del contrato; número del Registro Federal de Contribuyentes y de Registro Patronal ante el IMSS; datos de su acta constitutiva, tales como número de escritura pública, fecha, nombre del notario público que da fe de la misma, número de la notaría y ciudad a la que corresponde, sección, partida, volumen, foja o folio mercantil, en su caso, y fecha de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio; nombre de los representantes legales de las partes que suscribieron el contrato.

II. Del contrato: Objeto; periodo de vigencia; perfiles, puestos o categorías indicando en este caso si se trata de personal operativo, administrativo o profesional y el número estimado mensual de trabajadores u otros sujetos de aseguramiento que se pondrán a disposición del beneficiario de los servicios o trabajos contratados.

El patrón incorporará por cada uno de sus trabajadores, el nombre del beneficiario de los servicios o trabajos contratados en el sistema de cómputo autorizado por el Instituto.

Cuando el patrón se obligue a poner a disposición del beneficiario, trabajadores para prestar los servicios o ejecutar los trabajos en varios centros de trabajo ubicados en la circunscripción territorial de más de una subdelegación del Instituto, el patrón y el beneficiario deberán comunicar la información a que se refiere el quinto párrafo de este artículo, únicamente ante la subdelegación dentro de cuya circunscripción se ubique su respectivo domicilio fiscal.

La información prevista en este artículo podrá ser presentada a través de los medios señalados en el último párrafo del artículo 15 de esta Ley, conforme a las reglas generales que para tal efecto emita el Consejo Técnico.

Para los efectos de este artículo, el Gobierno Federal, en ningún caso, será considerado como intermediario laboral. (Este párrafo había sido adicionado según Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre del 2001)¹¹

Por considerarlo de interés, transcribimos la Tesis de Jurisprudencia 1/2011 aprobada por la Segunda Sala de la H: Suprema Corte de Justicia de la Nación el 12 de enero del 2011.

Novena Época

Registro: 162923

Instancia: Segunda Sala

Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XXXIII, Febrero de 2011

Materia(s): Constitucional

Tesis: 2a./J. 1/2011

Página: 652

¹¹ BELMARES, Javier, "Bitácora Laboral y de Seguridad Social Básica", Gasca Sicco. México 2006, p. 10

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.

Como podemos observar del criterio anterior, el Instituto Mexicano del Seguro Social quedó blindado por cualquier incumplimiento ya sea de la empresa subcontratista o prestadora de servicios y de la usuaria o contratante, de las obligaciones que las empresas tienen en cuanto al pago de sus cuotas a la seguridad social, al establecer la responsabilidad solidaria, misma que fue considerada constitucional por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis descrita.

En cuanto a la responsabilidad, podemos manifestar lo señalado por Néstor De Buen¹² *“que uno de los temas más inquietantes y que sin embargo no se ha tratado con la atención suficiente es el de responsabilidad, pues dice que en realidad toda la disciplina está iluminada por la idea de responsabilidad y este concepto puede vincular tanto al patrón como al trabajador, a terceros e, inclusive a las propias autoridades del trabajo.”*

La responsabilidad proviene indiscutiblemente de un incumplimiento, que puede derivar de un acto jurídico o de un acontecimiento fortuito.¹³

Por responsabilidad se debe entender *“la deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de delito de una culpa o de otra causa legal¹⁴.”*

La solidaridad se presenta cuando existe pluralidad de acreedores, de deudores, o de ambos, en una obligación y no obstante ser divisible el objeto de ésta, cada acreedor puede exigir el todo del objeto y cada deudor pagar todo el objeto. Existe solidaridad pasiva si hay pluralidad de deudores y un solo acreedor.¹⁵

¹² DE BUEN Néstor, “Derecho del Trabajo”, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, p. 601.

¹³ Idem. p. 602.

¹⁴ “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”. Vigésima Primera Edición. Espasa. Madrid 1992, p. 1784

¹⁵ GUTIÉRREZ Ernesto. *Derecho de la Obligaciones*. 2ª. ed., México, Cajica, 1965, pp. 690 y 691.

Por su parte, el Código Civil establece en su artículo 1987:

Artículo 1987. “Además de la mancomunidad habrá solidaridad activa, cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida.”¹⁶

En tal virtud, la responsabilidad solidaria es aquella que se comparte en su integridad, para todos los efectos con otros corresponsables o codeudores.¹⁷

Es importante señalar que en materia laboral y de seguridad social existe la figura de la responsabilidad solidaria, diferente a la responsabilidad subsidiaria, por lo que es necesario advertir sus diferencias.

Entre los tipos de responsabilidad civil, se puede establecer una división teórica entre responsabilidad principal y responsabilidad subsidiaria. El responsable subsidiario sólo tendrá que responder del deber impuesto al responsable principal si éste no lo cumple, no lo puede cumplir, o sencillamente, no existe.

De esta manera, primero habrá de actuarse contra aquel sujeto que cargue con la responsabilidad principal, y sólo si éste falla, actuar contra el responsable subsidiario, que habrá de responder por el total, sin perjuicio de que más tarde pueda repetir la obligación contra el principal. En ningún caso, puede darse el sentido opuesto, es decir, que el acreedor no puede tratar de saldar la deuda acudiendo primero contra el responsable subsidiario.

Por otra parte, la figura de la subcontratación y/o tercerización y/o outsourcing, tan socorrida por el sector empresarial en nuestros tiempos, ha sufrido un golpe de consideración por el Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia

¹⁶ Agenda Civil del Distrito Federal. ISEF. México 2004. p. 208.

¹⁷ PALOMAR Juan. *Diccionario para Juristas*. México, Mayo Ediciones, 1981. p. 1188.

de Trabajo ya que “sentó” (dar por supuesta o por cierta alguna cosa), la siguiente jurisprudencia:

No. Registro: 160,324

Jurisprudencia

Materia(s): Laboral Décima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: Libro V, Febrero de 2012, Tomo 3

Tesis: I.30.T. J/28 (9a.)

Página: 1991

CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SI A TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR.

Conforme al artículo 3o. de la Ley Federal del Trabajo, el trabajo no es artículo de comercio. Por otra parte, el numeral 16 de la citada legislación establece que la empresa, para efectos de las normas de trabajo, es la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios. En este contexto, cuando una empresa interviene como proveedora de la fuerza de trabajo a través de la celebración de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, o de cualquier acto jurídico, y otra aporta la infraestructura y el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el mencionado artículo 16; de ahí que para efectos de esta materia constituyen una empresa y, por ende, son responsables de la relación laboral para con el trabajador.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

En cuanto al anterior criterio, es totalmente aplicable lo manifestado al analizar la tesis jurisprudencial de la Corte mexicana sobre la constitucionalidad de la responsabilidad solidaria y el cumplimiento de deberes de seguridad social tanto por el patrón contratante (beneficiario) como por el contratista (prestador de servicios), tratándose del régimen de subcontratación laboral.

La proliferación en México del insourcing (traslado total del personal de una empresa a otra para evadir el pago de la participación de los trabajadores en las

utilidades de la empresa y su abuso en todo tipo de tareas que anteriormente las hacían la empresa sin recurrir a proveedores externos. La expansión de la externalización u outsourcing a actividades principales de la empresa, con el objeto de evadir obligaciones patronales, haciendo que las condiciones de trabajo se hicieran cada vez más precarias, trajo como consecuencia un freno que hasta la fecha no ha sido asimilado por el empresariado mexicano que hace uso de esta figura.

En virtud de lo anterior, analizaremos la iniciativa presidencial del 1º de septiembre del 2012 en donde se trató de regular la subcontratación; sin embargo, la dejó abierta a todo tipo de labores en una empresa; sin embargo, veremos que a dicha iniciativa se le pusieron frenos para que el empresario sin escrúpulos no hiciera un uso perverso de esta figura mundialmente conocida.

IV. INICIATIVA PREFERENTE DEL 1º DE SEPTIEMBRE DEL 2012

El día 9 de agosto del 2012, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Reforma Constitucional en Materia Política, la que contempla entre otros temas la facultad del Presidente de la República de enviar al Congreso de la Unión, precisamente, en el día de la apertura de cada periodo ordinario de sesiones, hasta dos iniciativas para trámite preferente, o señalar con tal carácter hasta dos que hubiere presentado en periodos anteriores, cuando estén pendientes de dictamen. Cada iniciativa deberá ser discutida y votada por el pleno de la Cámara de su origen en un plazo máximo de treinta días naturales; posteriormente, pasará la iniciativa a la Cámara Revisora quien tendrá el mismo plazo para discutir, aprobar o rechazar en su caso, la iniciativa de referencia. No podrán tener carácter preferente las iniciativas de adición o reforma a la propia Constitución.

Esta adición al artículo 71 de nuestra Constitución Política¹⁸, es sin duda un logro significativo para propiciar las disposiciones normativas generadoras de los cambios exigidos por México, considerando que dichas iniciativas constituirán las reformas estructurales que el país requiere en este mundo cada vez más globalizado.

¹⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Alfaro, México 2013, p.p. 59 y 60

En este marco, el día 1º de septiembre del 2012, día de la apertura del período ordinario de sesiones, el Presidente envió al Congreso de la Unión dos Iniciativas Preferentes, siendo una de ellas la de Reforma, Adiciones y Derogas de la Ley Federal del Trabajo de 1º de mayo de 1970.

Dicha iniciativa preferente, en cuanto a la subcontratación, en su exposición de motivos, establecía:

“Regular la subcontratación de personal u outsourcing, con el propósito de evitar la evasión y elusión del cumplimiento de obligaciones a cargo del patrón. Para tal efecto, se define la figura de “subcontratación”; se determina que el contrato de prestación de servicios deba constar por escrito; se prevé que la beneficiaria de los servicios tendrá la obligación de cerciorarse de la solvencia económica de la contratista y que ésta cumpla con sus obligaciones en materia de seguridad y salud. Se señala expresamente que en todo caso los patronos e intermediarios serán responsables solidarios en las obligaciones contraídas con los trabajadores.”¹⁹

Como podemos observar, la exposición de motivos anterior trató de regular el régimen de subcontratación en forma correcta y sobre todo que estableció la responsabilidad solidaria en las obligaciones contraídas con los trabajadores si el contratista no cumplía con sus obligaciones en materia de seguridad y salud; sin embargo, dejaba abierta la posibilidad de subcontratar todos los trabajo en una empresa.

La normatividad que señalaba la iniciativa preferente enviada al Congreso de la Unión por el Presidente de la República, en cuanto al tema que nos ocupa determinaba:

Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista o subcontratista ejecuta obras o presta servicios con trabajadores bajo su dependencia, a favor de otra persona física o moral que resulta beneficiaria de los servicios contratados, la cual fija las tareas a realizar y supervisa el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratados.

Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que resulte beneficiaria de los servicios y un contratista o subcontratista que ponga a su disposición trabajadores, deberá constar por escrito.

¹⁹ Iniciativa Preferente del Presidente de la República, Lic. Felipe Calderón Hinojosa., Diario Oficial de la Federación, México, D.F., 1º de Septiembre de 2012, p. 7

La empresa beneficiaria deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista o subcontratista cuenta con elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Artículo 15-C. La empresa beneficiaria de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista o subcontratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

Artículo 15-D. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que se utiliza el régimen de subcontratación en forma dolosa, cuando con el objeto de simular salarios y prestaciones menores, las contratistas o beneficiarias de los servicios tengan simultáneas relaciones de trabajo o de carácter mercantil o civil, respecto a los mismos trabajadores.

Quienes incurran en la conducta señalada en el párrafo anterior, serán sancionados en términos del artículo 1004-C de esta Ley.

En dicha normatividad, se definía el trabajo en régimen de subcontratación, que el mismo se estableciera por escrito; que la empresa beneficiaria se cerciorara que el subcontratista tuviera elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones laborales, lo anterior que fuera en forma permanente y se habla de la subcontratación dolosa, en este caso las empresas serían sancionadas con una multa equivalente de 250 a 5000 veces el salario mínimo por cada trabajador afectado (\$16,822.50 a \$336,450.00), lo cual, desde nuestra óptica resulta impagable, pues estamos hablando entre 1,250.74 a 25,014.86 dólares americanos, según el capital social de las empresas, por cada trabajador afectado. Sin embargo, la subcontratación seguía siendo abierta, por lo que, en el Congreso de la Unión, las Cámaras de Diputados y Senadores le hicieron una serie de condicionamientos para evitar simulaciones y fraudes a la clase laborante, pronosticando desde ahora la inminente desaparición de la subcontratación dolosa y fraudulenta²⁰.

V. LA SUBCONTRATACIÓN EN LAS REFORMAS A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO MEXICANA DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2012

²⁰ MARTÍNEZ, Arturo. Op. cit. p. 13 y sigs.

Las Comisiones de Trabajo tanto de la Cámara de Diputados (Cámara de origen) como en la de Senadores (Cámara revisora), se le hicieron algunas condicionantes a la figura de la subcontratación, pues en la forma en que la había contemplado el Ejecutivo Federal, daba lugar a que empresarios carentes de escrúpulos siguieran defraudando impunemente los derechos y prerrogativas de sus trabajadores.

Como señalamos en este trabajo la subcontratación en México se daba en forma interna o externa.

En la primera de ellas (insourcing) se trasladaba a todo el personal de una negociación a otra de un mismo consorcio, para evitar el pago de prestaciones laborales; en los trabajos de estudio a la iniciativa presidencial, en relación a la subcontratación, las Cámaras de Representación, establecieron que cuando se trata de subcontratación, no se puede abarcar la totalidad de las actividades de la empresa beneficiaria o contratante; de igual manera solamente se aceptara personal con carácter de especializado. Con esas dos limitantes, se hizo imposible jurídicamente establecer este tipo de subcontratación que en nuestro país día a día ganaba más terreno.

En cuanto a lo que nosotros llamamos la subcontratación externa, las labores legislativas llegaron a la conclusión de que no se podían abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad que se desarrolle en la empresa contratante o beneficiaria, que se debería de justificar el carácter de prestación de servicios especializado y que no pudieran comprender tareas iguales o similares que desarrollan el resto de los trabajadores de la empresa beneficiaria.

En ambos casos, si no se cumplen con las condicionantes a que nos hemos referido, el contratante se considerará patrón (no solidariamente responsable), con todas las obligaciones que la ley le determina, tanto en lo laboral, como en las materias de seguridad social y medio ambiente en el trabajo, amén de las multas estratosféricas a que nos hemos referido en el presente trabajo.

Después de los trabajos realizados por el Poder Legislativo Mexicano a la Iniciativa Preferente enviada por el Presidente de la República el 1º de septiembre del 2012, en cuanto al tema que nos ocupa, nos permitimos transcribir los artículos correspondientes de la ahora ley vigente (sigue siendo la misma, es decir del 1º de

mayo de 1970).

Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.

Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

- a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.
- b) Deberá justificarse por su carácter especializado.
- c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.

Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.

La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Artículo 15-C. La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.

Artículo 15-D. No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley. (DOF 30/11/12)

En caso de un juicio laboral ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje, si el laudo es contrario a la patronal, el trabajador actor podrá ejecutar el mismo, indistintamente, en contra de los bienes del contratante (patrón beneficiario), o bien, en contra de los de la subcontratista.

VI. LA SUBCONTRATACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre son textos que sin tener fuerza vinculante

en sus inicios lograron recoger las aspiraciones más profundas de la humanidad y demostrar su valor de conciencia mundial.

Al interior de los diferentes órganos que funcionan en el sistema de Naciones Unidas preocupados en proteger los diferentes derechos humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) cumple con un importante y especial papel en la defensa de los derechos laborales. Tales como el de Libertad Sindical que ha sido reconocido en los Convenios 87 y 98 y que lograron plasmar su contenido esencial y cuyo reciente respaldo internacional expresado por la mayoría de los Estados, constituye no sólo un imperativo legal, sino, además moral al ser garante de la protección a cualquier tipo de amenaza o violación.

En base a los principios de justicia social y equidad, así como a los derechos fundamentales, la OIT se ha pronunciado respecto a la intermediación y subcontratación en la 86ª reunión celebrada en Ginebra en junio de 1998, en su informe V (2B). En dicho documento se expresa que ante los signos de que el mercado del trabajo, la ley las prácticas nacionales están rompiendo en cierta medida, los moldes tradicionales y presentan un desafío particular sobre lo que puede ser abordado, ahora, a nivel internacional. La perspectiva del derecho laboral tradicional trata de identificar diferentes situaciones, como aquél que se refiere a trabajo en régimen de subcontratación.

Se interpreta el trabajo en régimen de subcontratación de acuerdo a la OIT, como toda situación en la que el trabajo es ejecutado por una persona que no es trabajador del empleador tal y como lo establece actualmente el derecho del trabajo pero en condiciones subordinación o dependencia muy próxima a lo que se concibe como un contrato de trabajo según la ley.

A un lado del espectro, de hecho en el límite del trabajo en régimen de subcontratación, están las llamadas “relaciones de trabajo clandestinas o disimuladas”. Esta situación presenta todas las características requeridas en la ley nacional para la existencia de un contrato de trabajo entre un empleador y

un trabajador pero para evitar obligaciones legales se ha intentado encubrir esa relación de otra forma.

La OIT reconoce aquí la existencia de un problema al establecer criterios y procedimientos para identificar cuándo existe de hecho una relación laboral y, en ese caso, asegurar la existencia de procedimientos adecuados para aplicar la norma que gobierne esa relación. Reitera que este procedimiento será generalmente la utilización del derecho del trabajo el cual tiene una función protectora dada la desigualdad existente entre las partes para poder negociar.

La OIT comparte la opinión general sobre la necesidad de combatir los acuerdos fraudulentos, combinando los diferentes puntos de vista sobre la utilidad de reafirmar una proporción dada, como que la ley debe ser obedecida y aplicada. En cualquier caso, cuando una relación sea “desenmascarada” para revelar una genuina relación contractual laboral debería regirse por la aplicación de tal relación.

Desde el momento en que las partes se encontrarán en una relación laboral contractual, dice la OIT, no se trataría de un régimen de subcontratación.

La OIT define al trabajo en régimen de subcontratación como aquella situación en que las condiciones de dependencia o subordinación frente a la empresa usuaria son similares a las que caracterizan una relación de empleo entre la empresa usuaria y sus empleados.

Para la OIT el trabajo en régimen de subcontratación puede tomar la forma relación bilateral directa entre el trabajador y la empresa usuaria. Esta categoría podría denominarse subcontratación dependiente o trabajadores asimilados a la categoría de empleados.

El trabajo en régimen de subcontratación podría tomar la forma de una relación indirecta en la que se involucra a una tercera parte, que pondría el trabajador a

disposición de la empresa usuaria. En caso de producirse esta relación triangular, el concepto de trabajo en régimen de subcontratación se introduciría aquí al establecerse la subordinación o dependencia del trabajador frente a la empresa usuaria, incluso si los trabajadores son empleados de la empresa que los puso a su disposición.

Cuando un trabajador no se considera empleado de ninguna de las dos empresas de acuerdo a la ley nacional, el trabajador podría, por razones de distinto ámbito estar subordinado de ambas empresas. Esta categoría podría denominarse “trabajadores que son puestos a disposición de la empresa usuaria”.

Como podemos observar en estos breves lineamientos dictados por la OIT, se han efectuado diversos trabajos con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales de los trabajadores, considerando los problemas principales relacionados con el trabajo en régimen de subcontratación que surgen sobre todo en relación a la seguridad y salud en el trabajo, compensación en caso de accidentes y enfermedades profesionales, pago de deudas al trabajador, y, en algunos países, respecto al derecho de los trabajadores a organizarse y a participar en la negociación colectiva.

VII. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA SUBCONTRATACIÓN. PROPUESTAS.

En relación a la subcontratación podemos establecer algunas ventajas que tiene dicha figura así como algunas desventajas que desde nuestro punto de vista se pueden presentar al aplicar el outsourcing en las empresas.

VENTAJAS

- Como se estableció, la subcontratación es una estrategia de negocios con el objetivo de reducir costos en la producción y evitar a la empresa la adquisición de una infraestructura propia que le permita la correcta ejecución del trabajo.
- Delega responsabilidades y compromisos que no son inherentes a la esencia del negocio; lo anterior es el resultado para que las empresas sean más competitivas en los mercados globales y es cuando las mismas deciden que otros asuman dichas responsabilidades, por poseer la capacidad suficiente de servicios para acompañar las estrategias de crecimiento.
- La subcontratación busca la agilización y la economía de los procesos productivos, para el cumplimiento eficiente de los objetivos sociales de las empresas, para que se concentren en lo que le es propio.
- El *outsourcing* encuentra nuevos proveedores y nuevas formas de asegurar la entrega de materias primas, artículos, componentes, personal y servicios, significa utilizar el conocimiento la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores a los que anteriormente no se recurría.
- Purcell²¹ nos explica que los servicios subcontratados y que se utilizan en las empresas se otorgan por proveedores especializados, lo cual representan una ventaja en la operación productiva.

Juan Raso Delgue señala como ventajas de la subcontratación las siguientes:

²¹ PURCELL, K, "In-sourcing, out-sourcing e lavoro temporaneo, en *Diritto delle Relazione Industriali* No 3/VIII Giuffré Editore, Milán 1998. p. 350

- La reducción de los costos.- En una realidad globalizada y altamente competitiva, la reducción de costos se vuelve un objetivo central y la figura del outsourcing permite reducir los costos estructurales y laborales.
- Mayor flexibilidad.- En el modelo económico global se obliga a estrategias más dinámicas y las respuestas del aparato productivo deben ser rápidas, por lo que se hace a un lado las estructuras rígidas, pesadas y finalmente costosas.
- Mayor productividad.- La tercerización promueve la competencia de los trabajadores independientes y de los subcontratistas para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo²².
- Por su parte, Carlos De Buen Unna afirma que son indudables las ventajas de la externalización de algunos servicios para las empresas, no sólo por la reducción de los costos, sino también porque son vías mucho más flexibles en todos los sentidos, son menos conflictivas y permiten prescindir de algunas cargas complejas, como el reclutamiento y la formación profesional, así como un buen cúmulo de tareas administrativas.²³

Mario Pasco Cosmópolis²⁴ al referirse a esta figura señala algunos pros de la misma, entre los que figuran:

- Las empresas acuden a la tercerización porque ésta les confiere una flexibilidad desmesurada, ya que cuando necesitan amortizar puestos de trabajo o simplemente prescindir de los servicios de uno o más trabajadores, en vez de afrontar las naturales restricciones de la ley laboral, simplemente le trasladan el problema al “prestador de servicios.”

²² RASO, Juan. “El Outsourcing Visión Iberoamericana”. Porrúa. México 2011. P.p. 137 y 138.

²³ DE BUEN, Carlos, “El Outsourcing Visión Iberoamericana”. Porrúa. México 2011. P. XI

²⁴ PASCO, Mario, “El Outsourcing Visión Iberoamericana”. Porrúa. México 2011. P. 118

- El *outsourcing* permite una contratación rápida y eficaz, en especial cuando se trata de trabajadores eventuales o transitorios.
- La subcontratación facilita el acceso al mercado de trabajo de ciertos sectores como jóvenes de escasa calificación, estudiantes, mujeres y, en general, demandantes del primer empleo.
- Esta figura aporta una cuota extrema de flexibilidad a la contratación al transferirse de la empresa beneficiaria a la “prestadora de servicios” los problemas derivados de la terminación de los contratos.
- La tercerización genera una competencia entre el personal de planta y el contratado, obligando a los primeros a elevar sus estándares al colocárseles un elemento cercano de fácil objetiva comparación (tratan de conservar su empleo, es decir, la vigencia o renovación de su contrato).

DESVENTAJAS

- Disminución o anulación del control sindical.- La moderna fragmentación de la empresa, la competitividad de los trabajadores dependientes e independientes, la polivalencia y la desigualdad de las retribuciones ponen en crisis la solidaridad de los trabajadores y por lo tanto el control sindical²⁵.
- En los casos en los cuales el trabajador se encuentra en régimen de subcontratación u *outsourcing*, su vida laboral se desarrolla dentro de un parámetro de incertidumbre, ya que las constantes variaciones en sus condiciones de trabajo vuelven al trabajador totalmente inestable, y como consecuencia de ello, su vida productiva será, necesariamente, ínfima en relación con otros trabajadores que no estén en ese mismo supuesto.

²⁵ RASO, Juan, Op. cit. p. 138.

- Al haberse tergiversado la naturaleza de esta figura, se realizan actos que nada tienen de jurídicos, como son la celebración de los contratos de suministro de personal y de prestación de servicios profesionales, los cuales, al comerciar con algo que se encuentra fuera del mercado, como es la fuerza de trabajo de un trabajador, son totalmente ilegales.
- En cuanto a la estabilidad en el empleo, este principio no existe, porque la inamovilidad no depende más que de la voluntad de la empresa de *outsourcing* como de la empresa denominada “cliente” o “beneficiaria”, pues cualquiera de ellas puede decidir remover al trabajador de su empleo sin causa justificada careciendo de causa legal para ello.
- En el régimen de subcontratación, los trabajadores de las empresas “prestadoras de servicios” no obtendrán una justa participación de utilidades, ya que la subcontratista por regla general, no reporta ganancia alguna; en tal virtud, existe una desventaja notoria en este caso, para los trabajadores de la subcontratista.
- En este régimen los empresarios no evaden las obligaciones que tienen de seguridad social, pues en México se establece en la Ley del Seguro Social la responsabilidad solidaria entre las empresas (contratante y contratista) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación decretó que la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de deberes de seguridad social, es constitucional.
- En México, respecto al *outsourcing*, éste no puede abarcar la totalidad de las actividades de la empresa beneficiaria; se debe justificar el carácter de personal especializado y no puede comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante, en caso de no cumplirse con todo lo anterior el contratante (empresa beneficiaria) se considerara patrón para todos los efectos de la ley, es decir, ni siquiera es atribuible la responsabilidad solidaria.

- Como dice Mario Pasco²⁶, el *outsourcing* provoca una aguda segmentación al interior de la empresa, donde se separa líquidamente al personal propio y al ajeno; esto, en la generalidad de los casos se traduce en una condición desmejorada para el personal eventual, los colocan en posición de subtrabajadores frente al personal estable.
- Genera dificultades en la negociación colectiva, ya que los beneficios, prestaciones, etc., se aplican para los trabajadores de la empresa beneficiaria y no de la prestadora de servicios, implicando un notorio desequilibrio prestacional y económico.
- Con el *outsourcing* no se capacita a los trabajadores de la empresa prestadora de servicios, debido a que no son personal estable de la misma, independientemente que no le resulta rentable el pagarles cursos de capacitación y adiestramiento.
- Podríamos listar una interminable lista de desventajas del régimen de subcontratación, pero para no cansar al lector, diremos una que en letras de Mario Pasco es de gran fuerza: La figura que nos ocupa contribuye poco o nada a la creación de riqueza. La empresa que es simplemente prestamista o proveedora de mano de obra no cumple otra función que esa, que es muy pobre; los trabajadores destacados, ellos sí contribuyen a generarla. Por el contrario, el “prestador de servicios” obtiene como lucro, por el solo hecho de poner a disposición al personal, un reembolso de gastos directos e indirectos, un porcentaje por concepto de gastos de administración y otro como lucro o utilidad. En buena cuenta, no asume riesgo alguno salvo el del eventual incumplimiento en los pagos por parte de la empresa usuaria. Por tanto, esta función parásita representa un agudo sobre costo, cuyo peso cae, bien en la empresa usuaria (y por esa vía en el consumidor), bien en el trabajador prestado (que recibe menos salarios y

²⁶ PASCO, Mario. Op. cit. p. 119.

prestaciones).²⁷

PROPUESTAS PARA LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO

- En cuanto a la responsabilidad en caso de que se condenara a la empresa contratante y a la contratista a pagarle al trabajador de esta última lo correspondiente al laudo respectivo, somos de la opinión, que en este caso debería existir la responsabilidad subsidiaria, es decir, la empresa contratista debe en primer lugar de responder con sus bienes la condena fijada y solamente en caso de que por insolvencia o por otra causa no se llegara a cumplimentar la resolución correspondiente, entonces la parte que obtuvo el fallo favorable podría hacer efectiva la condena en bienes de la empresa beneficiaria, estableciéndose en este caso la responsabilidad solidaria. Lo anterior para el caso de que la autoridad laboral no considerara a ambas empresas como patrón del trabajador.

- Se debe de adicionar a la Ley Federal del Trabajo un artículo que establezca lo siguiente:

“La Secretaría del Trabajo y Previsión Social tendrá a su cargo la creación de un registro por cada entidad federativa, en el cual toda empresa que presta servicios de intermediación o de subcontratación en los términos de esta ley, tendrá la obligación de inscribirse como requisito indispensable para hacer sujeto de contratación. Tal registro será público y su reglamentación correrá a cargo de la propia Secretaría.”

- Deberá establecerse en la ley laboral, otro artículo el que a continuación se transcribe:

Toda persona física o moral cuya actividad principal sea la subcontratación, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

²⁷ Ibidem. p. 120.

I.- Deberá inscribirse en el Registro de Empresas que prestan servicio de intermediación.

II.- La empresa en sistema de subcontratación, deberá garantizar confianza las indemnizaciones y prestaciones de ley por cada uno de sus trabajadores ante la propia Secretaría de Trabajo y Previsión Social, para acreditar fehacientemente que cuenta con los medios económicos para responder con las obligaciones laborales que establezca esta ley.

III.- Una vez que la empresa de sistema de subcontratación cumpla con los requisitos anteriores la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, deberá otorgarle el registro para su funcionamiento, de lo contrario no podrá otorgarse éste y por lo tanto fungir como empresa sujeta al sistema de subcontratación; una vez otorgado el registro por la Secretaría ésta la inscribirá y mandará publicarla en la lista de empresas afines que cuenten con la solvencia para funcionar como tal en cada entidad federativa.

IV.- La propia Secretaría realizará una revisión anualmente y antes del 15 de enero de cada año con la finalidad de que mantengan vigente la garantía de su solvencia económica y poder responder a las obligaciones laborales con los trabajadores registrados a la fecha por subcontratación.

V.- Toda persona física o moral que triangule la relación de trabajo para simular, evadir, eludir obligaciones laborales, de reparto de utilidades o de la seguridad social para con sus trabajadores creando o fomentado personas morales o físicas para ese fin, beneficiándose en forma principal o secundaria de trabajo de asalariados cometerá el delito de fraude, independientemente del delito de discriminación tipificado en el artículo 206 del Código Penal vigente en el Distrito Federal.

En cuanto al texto del artículo 206 del Código Penal del Distrito Federal, por su importancia nos permitimos transcribirlos:

Artículo 206. Se impondrán de uno a tres años de prisión o de veinticinco a cien días de trabajo en favor de la comunidad y multa de cincuenta a doscientos días al que, por razón de edad, sexo, estado civil, embarazo, raza, procedencia étnica, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, características físicas, discapacidad o estado de salud o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas:

I.

II.

III.

IV.- Niegue o restrinja derechos laborales.

En cuanto a la figura de la subcontratación, tercerización u outsourcing, nos congratulamos que nuestros legisladores hayan cambiado substancialmente la Iniciativa Preferente de Reformas, Adiciones y Derogas a la Ley Federal del Trabajo del 1º de mayo de 1970 enviada por el Presidente de la República y

principalmente, le hayan puesto candados y condiciones específicos para que la subcontratación tenga eficacia jurídica y cumpla con su objetivo esencial.

Estamos de acuerdo en que la subcontratación a la que hemos llamado “interna” desaparezca de nuestro mundo laboral, pues fue creada por grupos empresariales con el fin de defraudar los derechos, prerrogativas y beneficios del hombre que trabaja.

En resumen, no estamos a favor de que la subcontratación u outsourcing desaparezca de nuestros escenarios laborales; es una figura reconocida mundialmente, pues en definitiva con ella se abaratan costos, se profesionaliza más el trabajo y aumenta la productividad y competitividad de las empresas.

Estamos de acuerdo en la subcontratación, únicamente cuando se suministre personal que realice tareas que no sean **primordiales ni fundamentales** en una fuente de trabajo y no para hacer trabajos propios del objeto social principal de la contratante, pues en este caso, le corresponde a ella, sin lugar a dudas, la contratación de dicho personal.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

BELMARES SÁNCHEZ, Javier, "*Bitácora Laboral y de Seguridad Social Básica*", Gasca Sicco. México 2006

DE BUEN LOZANO, Néstor, "Derecho del Trabajo", Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México 1994.

_____, "*El Outsourcing Visión Iberoamericana*", Porrúa, México 2011.

DE BUEN UNNA, Carlos, "El Outsourcing Visión Iberoamericana". Porrúa. México 2011.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española". Vigésima Primera Edición. Espasa. Madrid 1992.

DOMENZAIN CARMONA, Mariana. "*Las Empresas Prestadoras de Servicios de Subcontratación y Outsourcing en el Derecho Laboral Mexicano*". Tesis Profesional. México 2002.

GUTIÉRREZ Y GUTIÉRREZ, Ernesto. "*Derecho de las Obligaciones*", 2ª. Ed. Cajica, México 1965.

MARTINEZ Y GONZÁLEZ, Arturo. "La Subcontratación en el Derecho Laboral Mexicano". Ponencia presentada en Cartagena de Indias, Colombia 2013, en el Seminario Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, auspiciado por ILTRASS.

MORGADO VALENZUELA, Emilio. Et al "*El Outsourcing Visión Iberoamericana*" Porrúa. México 2011.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Diccionario para Juristas*. México, Mayo Ediciones, 1981.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. et al "*El Outsourcing Visión Iberoamericana*". Editorial Porrúa, México 2011.

RASO DELGUE, Juan. "El Outsourcing Visión Iberoamericana", Porrúa. México 2011.

REGINO CRUZ, Alberto. "La Regulación Jurídica de la Subcontratación, Tercerización u Outsourcing para evitar la Violación de Derechos Sociales" Tesis Doctoral, México, Agosto de 2011.

RIVERO, citado por Alburquerque F. Rafael. et al *El Outsourcing Visión Iberoamericana*. Porrúa, México 2011.

ROTHERY, Bryan. "Outsourcing" La Subcontratación. Editorial Limusa. México 2008.

Agenda Civil del Distrito Federal. ISEF. México 2004.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Alfaro, México 2013.

Iniciativa Preferente del Presidente de la República, Lic. Felipe Calderón Hinojosa., Diario Oficial de la Federación, México, D.F., 1º de Septiembre de 2012.

Ley Federal del Trabajo, ISEF. México 2013.