

**EL OUTSOURCING Y SUS INTENTOS DE REGULACIÓN EN
MÉXICO.**

**THE OUTSOURCING AND ITS ATTEMPTS AT REGULATION IN
MEXICO.**



MARÍA GUADALUPE SÁNCHEZ TRUJILLO.¹
ADRIANA MELISSA CEBALLOS VILLA.²

SUMARIO. Introducción. 1.- Concepto. 2.- Antecedentes. 3.- Naturaleza jurídica. 4.- Modus operandi. 5.- El Outsourcing y los derechos laborales. 6.- Situación del outsourcing en México. 7.- Regulación del Outsourcing en el Proyecto de Reforma a la Ley Federal del Trabajo. Conclusiones. Fuentes de información. Fecha de recepción: 12/05/2012- fecha de Aceptación: 23/08/2012.

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Maestra en Derecho Civil y Mercantil por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Maestra en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala. maria.sanchezt@anahuac.mx

² Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Campeche, actualmente cursa el tercer semestre de la Maestría en Defensa Administrativa y Fiscal en la Universidad Anáhuac Mayab. melissa.ceballos@hotmail.com

RESUMEN: El presente trabajo tiene como fin exponer el concepto y la forma en que opera el *outsourcing*, tema de reciente inclusión en el proyecto de reforma a la ley federal del trabajo y que ha causado mucha polémica respecto a ¿Si dentro de sus políticas y modus operandi se violan derechos laborales consagrados en la carta magna y su ley reglamentaria?, para ello se hará un análisis de sus generalidades posteriormente se aterrizará a la realidad nacional y su regulación.

PALABRAS CLAVE: *Outsourcing*, subcontratación, externalización, reforma laboral, derechos laborales.

ABSTRACT: The present work aims to explain the concept and the way in which it operates outsourcing, subject of recent inclusion in the draft reform of the federal Labour Law and which has caused much controversy with regard to if within their policies and modus operandi are violated labour rights enshrined in the Magna Carta and its regulatory act?, this will be an analysis of their generalities later to the national reality and its regulation.

KEYWORDS: Outsourcing, subcontracting, labour reform, labour rights.

INTRODUCCIÓN.

El presente ensayo tiene como finalidad principal hacer una exposición breve del *outsourcing* mayormente conocido como externalización, tercerización o subcontratación, figura que en México en la Nueva Ley Federal del Trabajo de 1970 no se encuentra regulada y que hoy en día el mundo globalizado recurre a ella porque le ahorra costos a las empresas beneficiarias al delegar parte de sus actividades que en la mayoría de los casos son complementarias para centrarse en su negocio principal y figurar en los mercados mundiales.

La metodología empleada es el análisis deductivo, es decir se partirá primero de las generalidades del *outsourcing* hasta poder comprender las variantes que se han presentado en México con la necesidad de saber si este esquema podría ser benéfico o lo contrario en su inclusión en el proyecto de reforma laboral aprobado el 29 de septiembre de 2012.

1. CONCEPTO.

La importancia de conceptualizar la figura del *outsourcing* permitirá comprender mejor sus elementos y a través de ellos será más fácil identificar su forma de operar para poder advertir sus modalidades en México.

Según Daniel Echaiz Moreno en su artículo “El contrato de *outsourcing*” menciona la definición de la Circular de la Comisión Federal de Bancos de Suiza que establece lo siguiente “una empresa practica *outsourcing* en el sentido de la presente circular cuando encarga a otra empresa asegurar de manera independiente y duradera una prestación de servicios esencial para la actividad de la empresa”.³

Alejandro Castello en su ensayo “*La Subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay*” cita a María Caridad López Sánchez quien define el *outsourcing* como:

Un fenómeno económico que comporta la redefinición del ciclo productivo de la empresa para encomendar a terceras empresas la realización de una parte de su actividad de producción de bienes o servicios... no es un fenómeno uniforme sino que acoge en su seno una tipología muy variada de supuestos de gran complejidad caracterizados porque en ellos opera una reducción o desmembramiento de la empresa como consecuencia de decisiones de táctica empresarial.⁴

Etimológicamente “*outsourcing* es un término anglosajón compuesto por los vocablos *out* (exterior, fuera) y *source* (fuente, recurso u origen)”⁵ cuya traducción al español se asocia con los términos de tercerización y subcontratación.

Estos conceptos están relacionados con la ficción de la empresa fuera de la empresa, al respecto es importante mencionar que tercerización en esta figura implica la realización de trabajos fuera de su actividad principal es decir, que “*se trata de actividades de apoyo como pueden ser: informática, de transporte, telecomunicaciones, administración de inmuebles, etc.*”⁶

Las actividades son traspasadas a prestadores exteriores (empresas) con los que se lleva a cabo una relación de asociación.

....En cuanto a la subcontratación “*constituye una forma de externalización por medio de la cual una empresa contrata a una o varias empresas para que le*

³ Echaiz Moreno, Daniel, “El Contrato de Outsourcing”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Numero 122, Mayo- Agosto 2008, México, Pág. 770.

⁴ Castello, Alejandro. “La Subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Uruguay, Número 9, Julio-Diciembre 2009, p. 55.

⁵ Espino, Rodríguez, Tomás Francisco, y Padrón, Robaina Víctor., “¿Qué actividades deberían externalizar las empresas? una aproximación bajo la perspectiva de recursos y capacidades”, *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía*, 2004, Vol. 10, Número 1, p. 210

⁶ Sánchez Castañeda, Alfredo *et al.*, *La Subcontratación: un fenómeno global*, México, UNAM, 2011. p. 2.

*realicen por su cuenta una parte de su producción o de las partes necesarias de su producción”.*⁷

Existe mucha variación doctrinaria en el uso de los conceptos mencionados ya que cada uno depende de la cultura económica de cada país en particular, su infraestructura y legislación imperantes, algunos criterios difieren que el *outsourcing* no debe ser asociado con la tercerización o subcontratación debido a que en éste no hay la presencia de relaciones de subordinación, subsistiendo únicamente un régimen de supervisión de los resultados.

2. ANTECEDENTES.

El *outsourcing* surge como una manera diferente de organizar la actividad productiva de una empresa, tiene su origen a mediados del siglo XX, en la década de los setenta en la industria automotriz, destaca la empresa americana FORD (modelo fordista)⁸ la cual logró concentrar sus esfuerzos en la racionalización de su producción, en la división de la organización de los trabajos dando paso a lo que se llamó organización científica del trabajo.

Posteriormente la globalización, los avances en las tecnologías de la información y la apertura de mercados mundiales provocaron que las empresas basadas bajo estas ideas buscaran los mecanismos para modernizar sus modelos organizativos flexibilizando las normas de producción y organización del trabajo en la empresa, con ello cambiando los esquemas del derecho laboral vigentes hasta entonces.

Las empresas se dedicaron no sólo a su negocio principal sino también a otras actividades complementarias que aunque no eran esenciales si eran necesarias, hoy en día esta práctica se ha reforzado a nivel mundial en la cual las empresas han descentralizado varios de sus procesos o actividades contratando a proveedores externos en calidad de contratistas, suministradores de bienes y servicios, *outsourcers* entre otras denominaciones para que los realicen ahorrándole a las empresas clientes, principales o beneficiarias como comúnmente se les ha llamado gastos y costos de producción.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Hablar de la naturaleza jurídica del *outsourcing* significa conocer las propiedades que lo caracterizan, su esencia, la cual se encuentra matizada por la naturaleza propia de los actos jurídicos que le dan origen.

⁷ ibídem p.6

⁸ Echaiz Moreno, Daniel, Op. cit., nota 3, p. 765.

Al respecto existen varios criterios que establecen que se trata de un contrato mercantil mientras que otros lo sitúan como un contrato meramente privado.

En la opinión de *Joaquín Garriguez* menciona que:

...la distinción entre ambos tipos de contratos gira en torno a los actores, el escenario y la finalidad así en el contrato mercantil interviene cuando menos un comerciante (actor) se da en el ámbito empresarial (escenario) y apunta hacia el comercio (finalidad)⁹, [agregando el mismo autor que]. Los contratos mercantiles se distinguen por las notas de rapidez y del rigor que exige ausencia de formalismo¹⁰,

A diferencia del civil que exige una serie de requisitos formales para su perfeccionamiento.

Desde el punto de vista comercial el contrato de *outsourcing* se puede apreciar desde dos criterios, "...el criterio tradicional que lo delimita como un contrato mercantil y el criterio moderno que lo asocia con un contrato empresarial que constituye una herramienta de gestión de negocios"¹¹

También la figura del *outsourcing* puede darse en un esquema de relación con un origen civil por medio del cual una empresa pacta con otra la realización de un servicio y la está última acepta comprometiéndose a pagar cierta cantidad por ese servicio.

En este orden de ideas es donde las empresas formalizan sus acuerdos y alcances recurriendo al "contrato de prestación de servicios profesionales en el cual una persona llamada profesionalista o profesor se obliga a prestar determinados servicios a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario."¹²

En la interpretación del contrato de prestación de servicios el espíritu del legislador al hacer alusión al profesor o profesionalista indudablemente se refiere a una persona física, sin embargo es un medio empleado por varias empresas que se obligan a lo pactado en sus cláusulas y dentro de su contenido se encuentra proporcionar recursos humanos de acuerdo a un perfil o características de la empresa cliente, la realización de un proceso productivo o una parte de él con recursos propios tanto humanos como materiales etc.

Más adelante se expondrá como se asocia el *outsourcing* con los diversos contratos civiles y mercantiles.

⁹ Ibídem p. 767.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

¹² Silva Méndez, José, "¿Es posible la prestación de servicios fuera de la esfera del derecho laboral?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Número 24, enero-junio 2011, p. 99.

4. MODUS OPERANDI.

El *outsourcing* “se trata de un fenómeno difícil de abarcar jurídicamente en un solo concepto ya que asume distintas modalidades y denominaciones en los distintos países;”¹³ esto se debe a la diversidad de arreglos y prácticas las cuales a su vez pueden combinarse para generar formas mixtas.

Dentro de sus fines se encuentran perseguir la posibilidad de que algunas actividades de la empresa queden delegadas o encargadas en manos de otra empresa ya sea porque sean especializadas en ciertas áreas o simplemente para que la empresa cliente se enfoque en otras cuestiones que les generen menos gastos operativos.

Existen varias clasificaciones de la subcontratación [*outsourcing*] “una de las primeras fue elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) distinguiendo por un lado, la subcontratación de producción de bienes y servicios y, por otro, la subcontratación de mano de obra”¹⁴

En el caso de la subcontratación de producción de bienes y servicios la empresa usuaria contrata a otra empresa (*outsourcer*) para el suministro de un bien o un servicio y ésta última asume la responsabilidad de realizar los trabajos con recursos propios, la empresa usuaria solamente se interesa por el trabajo terminado, paga por la realización del servicio sin intervenir en la cantidad de personal contratado ni cualquier otra cuestión laboral entre los trabajadores, la empresa subcontratista es la que absorbe las relaciones laborales.¹⁵

La subcontratación de mano de obra se caracteriza por que se confía a un tercero la contratación de la fuerza de trabajo que es utilizada y dirigida por la empresa subcontratista, externalizándose la función de búsqueda, selección, contratación y gestión de la mano de obra, la relación laboral real es directamente entre la empresa usuaria y el trabajador.¹⁶

El trabajo de negociación lo lleva a cabo la empresa subcontratista que recibe un pago por el número de trabajadores contratados y no por la producción efectuada, la empresa usuaria es la que supervisa a los trabajadores que previamente llegan a un acuerdo con el subcontratista.¹⁷

La subcontratación de bienes y servicios

también se conoce como externalización de operaciones y se identifica con la subordinación laboral en la medida en que esta es conceptualizada como la modalidad en virtud de la cual una empresa

¹³ Bensusán, Graciela, “La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿Problemas de diseño institucional o de implementación?”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, México, UNAM, 2007, P. 134.

¹⁴ Sánchez Castañeda, Alfredo *et al.*, nota 6, Op. cit. p. 7.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Idem.

*principal encarga a otra empresa denominada contratista o subcontratista mediante un contrato civil o mercantil la ejecución por su cuenta con trabajadores bajo su propia dependencia de una obra o servicio que formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento principal o accesoria ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.*¹⁸

Dentro de los contratos de *outsourcing* la empresa cliente transfiere a la empresa subcontratista información de carácter confidencial por lo que debe quedar estipulada una cláusula de confidencialidad como medida de protección contra otras empresas que se dediquen al mismo ramo de la empresa principal y también una cláusula de exclusividad que restringe la actividad del *outsourcer* con el fin de que no realice las misma labor para quien es directo competidor de la empresa cliente.

Son muchos los factores que han logrado la expansión de las prácticas de *outsourcing* en el mundo dentro de los cuales se encuentran las presiones competitivas y los cambios en las organizaciones de trabajo de las empresas para lograr la especialización, los avances tecnológicos, la flexibilización de las relaciones laborales, los altos niveles de desempleo y la competitividad¹⁹

Dentro de las principales ventajas del uso de esta figura se encuentran la reducción de costos de la empresa cliente a corto y largo plazo, también puede dedicarse a seguir perfeccionando su negocio principal, la adquisición de nuevas tecnologías, la eliminación de costos por la contratación de personal así como evitar los conflictos laborales y sindicales.

Por otro lado también existen sus desventajas y riesgos como son la transferencia de información confidencial de la empresa cliente ya que siempre está latente la posibilidad de que el *outsourcer* los use para empezar un negocio propio adquiriendo convirtiéndose en competidor, se corre el riesgo de perder el control sobre la producción en los sectores subcontratados, la marcada dependencia de proveedores externos para la realización de ciertas actividades, entre otras.

Como ejemplo de empresa *outsourcing* se encuentra la compañía NIKE:

Casi todos los productos son fabricados por contratistas independientes, el calzado mayormente es fabricado en países en desarrollo.

.....En lo que se refiere a las condiciones de estos trabajadores han sido un arduo debate, con acusaciones de malas condiciones y abusos. En Indonesia, se reportó lo siguiente: 30,2% de los trabajadores había experimentado en forma personal y un 56,8% habían presenciado, abusos verbales. Un promedio de 7,8% de los trabajadores reportaron haber

¹⁸ Castillo, Alejandro, Op. cit., nota 4, p. 57.

¹⁹ Ibidem, p. 135, 136.

recibido comentarios sexuales no deseados y un 3,3% reportaron haber sufrido abusos físicos. ...

....Adicionalmente, dos trabajadores reportaron acoso sexual al momento de manejarse incorporaciones y promociones, aunque una investigación no pudo confirmar dichas acusaciones. 73,4% de los trabajadores están satisfechos con la relación que mantienen con sus supervisores de línea y un 67,8% están satisfechos con el relacionamiento con la gerencia.²⁰

Otro ejemplo de outsourcing es la empresa IBM que ofrece la tercerización de las infraestructuras de Tecnología de la Información (TI) y *hosting* así como los servicios de administración de procesos de negocios, que permitirán a las empresas clientes centrarse en su dirección estratégica reduciendo tiempo de comercialización, costos en infraestructura y satisfacción para sus clientes²¹

También se encuentra la empresa INFOSYS BPO:

Filial de Subcontratación de Procesos de Negocios de Infosys Limited (NASDAQ: INFY), es un proveedor de servicios de outsourcing de extremo a extremo. La compañía aplica los marcos de trabajo de excelencia empresarial para reducir significativamente los costos, aumentar la eficacia y optimizar los procesos empresariales.

La compañía se centra en el *outsourcing* integrado de extremo a extremo y en la entrega de beneficios orientados a resultados a nuestros clientes a través de la reducción de costos, mejoras continuas de productividad y reingeniería de procesos.

Infosys BPO es una compañía global que opera en América, Asia-Pacífico, Australia y Europa, con más de 18,900 empleados y una facturación de USD \$ 426.790.000 al 31 de marzo de 2011.

Infosys BPO cuenta con tres centros ubicados en América - Atlanta EE.UU, Belo Horizonte Brasil, Monterrey México. Los recursos destinados de la planta de Monterrey proporcionan servicios a clientes en América del Norte, América Latina y Europa, con varios idiomas talento, en una zona horaria cómoda. Fuerza de trabajo diversificada de Atlanta DC y gran conocimiento funcional del dominio Ofrecemos una amplia gama de Subcontratación de Procesos de Negociosa con más de 40 clientes. En conjunto, los centros de América fortalecen el modelo de Entrega Global (DMG) de la compañía y se une a las capacidades de las instalaciones de red, incluyendo Brno, República Checa y las instalaciones de BPO en la India.²²

5.- EL OUTSOURCING Y LOS DERECHOS LABORALES.

Mucho se ha dicho del *outsourcing* pero a partir de lo expuesto puede apreciarse que no todo es negativo ya que implica muchos beneficios a las empresas que recurren a su modo de operación, sin embargo llama mucho la atención su relación con los derechos laborales.

²⁰ Caso NIKE: <http://www.yassconsultores.com/empresas/CASO-NIKE.pdf> (consultado el 23 de octubre de 2012)

.... ²¹ IBM, <http://www-935.ibm.com/services/mx/es/it-services/servicios-de-outsourcing.html> (consultado el 24 de octubre de 2012)

²² INFOSYS, <http://www.infosysbpo.com/mexico/spanish/Pages/index.aspx> (consultado el 24 de octubre de 2012)

Las empresas en aras de obtener mejores resultados en sus procesos y reducir sus costos requieren de empresas subcontratistas para que se ocupen de la contratación de mano de obra y bajo este esquema algunas empresas tratan de evadir responsabilidades laborales y de seguridad social.

Un factor que influye mucho es el que los países no cuenten con legislaciones laborales efectivas que regulen las relaciones triangulares que provoca el *outsourcing* (empresa cliente, *outsourcer* o empresa subcontratista y trabajador) y refuercen la protección de los derechos de los trabajadores.

En la realidad los trabajadores de estas empresas son conocidos como trabajadores de segunda mano, es decir que se les atribuye un escalafón muy bajo y que incluso no gozan de los mismos derechos la ley laboral establece a diferencia de los trabajadores de la empresa cliente o principal los principales derechos que son violentados son "...el principio de estabilidad en el trabajo, el derecho a un salario remunerador y a condiciones de trabajo dignas, los derechos colectivos, la protección en caso de insolvencia de la empresa contratista, las normas en materia de seguridad social, de seguridad e higiene"²³

Al respecto en el ámbito internacional la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptó el 15 de Junio del 2006 la Recomendación 198²⁴ sobre la relación de trabajo, dentro de su contenido se contemplan diversas medidas modelo que los diversos países deberán tomar en consideración para la regulación en sus políticas nacionales, normas jurídicas y su aplicación de las relaciones laborales triangulares producto de las empresas contratistas; el contenido de la recomendación abarca cuestiones sobre el establecimiento de una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la determinación de la existencia de una relación de trabajo, el establecimiento de los mecanismos de seguimiento y aplicación de la recomendación.

La recomendación 198 ofrece un amplio catálogo de ideas a partir de las cuales es posible la elaboración de un diseño de política laboral verdadera en materia de protección de los derechos de los trabajadores que son parte de las relaciones labores con empresas contratistas, sin embargo en el caso en concreto de los Estados Unidos Mexicanos como se trata de una norma internacional, ésta no posee fuerza vinculatoria como los tratados internacionales elevados al rango de las leyes federales por lo que no es de carácter obligatoria.

²³ *Ibidem*, p. 137.

²⁴ Organización Internacional del Trabajo

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535 (consultado el 18 de octubre de 2012)

6.- SITUACIÓN DEL OUTSOURCING EN MÉXICO.

El *outsourcing* en México ha estado presente aún que como tal no contemplado en la Ley Federal de trabajo se ha desarrollado en diversos sectores como son la manufactura, automotriz, servicios públicos, telecomunicaciones entre otros.

En el concepto mexicano el *outsourcing* no tiene un significado concreto, no posee una concepción jurídica formal lo que dificulta su comprensión existiendo diversos términos asociados a él como la externalización, tercerización, subcontratación definiciones que la mayor parte de las veces se refieren a situaciones específicas que varían según el monto y lugar.

El problema con esta figura es que no encuadra con la legislación laboral vigente ya que al hablar de relaciones laborales trianguladas estas no coinciden con la relación clásica de subordinación del derecho del trabajo mexicano elemento esencial de la relación laboral.

....El marco jurídico constitucional en su artículo 123²⁵ contempla una serie de garantías que deben disfrutar los trabajadores que estén sujetos a una relación laboral pero no las situaciones laborales producto de un régimen de subcontratación

La fracción XXV hace referencia al servicio para la colocación de los trabajadores el cual se puede llevar a cabo por instituciones públicas o privadas. Esta fracción hace alusión a la intermediación regulada por la Ley Federal del Trabajo en su artículo 12²⁶ que a simple vista podría asociarse con la subcontratación pero no deben confundirse ya que la intermediación no forma parte de la relación laboral ya que solo contactan a los trabajadores para remitirlos a las empresas beneficiarias terminando su función.

La fracción XXVIII menciona que serán nulas las condiciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor de los trabajadores por lo tanto es importante y debe ser pilar de la observación en la regulación laboral de la subcontratación.

Por otro lado el *outsourcing* es un esquema de relaciones entre empresas con carácter civil, en el que las empresas realizan sus acuerdos mediante contratos de prestación de servicios profesionales y en los cuales suele pactarse un clausulado sobre los derechos laborales de los trabajadores

²⁵ Artículo 123º Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley...

Fracción XXV. El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier otra institución oficial o particular.

Fracción XXVIII. Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios.

²⁶ Artículo 12 Ley Federal del Trabajo: Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón.

involucrados en el cumplimiento del objeto del contrato, dichas cláusulas no presentan un control jurídico ya que los derechos laborales no son debidamente respetados.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios respecto al uso de los contratos de prestación de servicios profesionales por las empresas beneficiarias del outsourcing para eludir sus responsabilidades como patronos como la tesis: I.3o.T. J/28 (9a.)²⁷ emitida por el TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO:

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.

.....Así mismo la tesis: I.6o.T. J/96.²⁸ SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

RELACIÓN LABORAL. HIPÓTESIS EN QUE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES OFRECIDO POR EL DEMANDADO NO ACREDITA LA NATURALEZA DE UNA RELACIÓN DIVERSA A LA LABORAL.

Si el demandado niega la existencia de la relación de trabajo y se excepciona diciendo que se trata de una prestación de servicios profesionales, y ofrece en el juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, debe estudiarse el referido documento conjuntamente con el resto del material probatorio para determinar la naturaleza de la relación

²⁷ Tesis I.3o.T. J/28 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, febrero de 2012, p.1991.

²⁸ Tesis: I.6o.T. J/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1479.

entre las partes y si de ese análisis se desprenden las características propias de un vínculo laboral, como lo es la subordinación, éste debe tenerse por acreditado, pues no es la denominación que las partes le den a ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados.

Otra figura que se ha asociado al *outsourcing* es la comisión mercantil que según el artículo 273 del Código de Comercio²⁹ establece que el mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil, “es comitente el que confiere una comisión mercantil y comisionista el que la desempeña.”

.....La jurisprudencia emitida por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia 2a./J. 149/2009³⁰

COMISIÓN MERCANTIL. CRITERIO PARA DETERMINAR SU EXISTENCIA CUANDO SE ADUCE UNA RELACIÓN DE TRABAJO.

Para determinar la naturaleza jurídica de un contrato no debe atenderse exclusivamente a su denominación sino a su contenido, pues, en algunos casos, contratos denominados de comisión mercantil son verdaderos contratos de trabajo, de ahí que resulte indispensable tomar en cuenta los términos y condiciones pactados, con la finalidad de concluir si el llamado comisionista está o no subordinado a las órdenes del comitente, pues no debe olvidarse que conforme al artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, la subordinación es el elemento característico de una relación laboral. Por tanto, si analizando el contrato respectivo, se advierte que el comisionista se compromete a vender y promocionar los productos, mercancías y artículos entregados por el comitente, en calidad de consignación, por sí o a través de terceros, manifestando que cuenta con recursos y personal adecuado para realizar la venta y promoción (es decir, la venta no la realiza necesariamente aquél); que podrá presentarse o ausentarse cuando así lo desee, debido a que no está obligado a cumplir personalmente la comisión; que el contrato no confiere exclusividad para ninguna de las partes, por lo cual tiene plena libertad para contratar con otros comisionistas o comitentes y que podrá realizar su actividad en forma independiente (lo que excluye la subordinación), es evidente que se está ante un contrato de comisión mercantil, aunque se establezcan diversas cláusulas relativas al depósito de las ventas, la conservación de la mercancía, a los faltantes, los cortes de caja, inventarios y auditorías, así como las atinentes a las limitaciones a contratar con otros comitentes, las cuales no son órdenes, en la forma como se entienden en una relación de trabajo, sino normas contractuales que posibilitan el adecuado desempeño de la comisión.

Como se aprecia dicha jurisprudencia hace alusión a tres elementos indispensables para diferenciar la comisión mercantil de una relación laboral subordinada y son la ausencia de dirección por parte del comitente, la elaboración del trabajo por parte del comisionista con sus propios medios y la

²⁹ Artículo 273 Código de Comercio: El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña.

³⁰ Jurisprudencia 2a./J. 149/2009, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXX, octubre de 2009, p. 64.

realización del trabajo en cualquier momento de no cubrir estos requisitos existiendo la facultad de emitir órdenes por parte del comitente y la obligación del comisionista de cumplir una jornada laboral aunque se le denomine comisión mercantil se está en presencia de una relación laboral.

.....También es muy frecuente que las empresas recurran al contrato de suministro de personal al respecto, ésta figura no se encuentra contemplada en el Código Civil ni en el Código de Comercio. Los Tribunales Colegiados de Circuito han establecido que en caso de despido injustificado si un patrón se excepciona porque no existe relación laboral con el trabajador demandante sino un contrato de naturaleza civil en el cual un tercero le provee trabajadores dicha excepción es improcedente, como se aprecia en la tesis I.9o.T.191 L³¹ del NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

DESPIDO INJUSTIFICADO. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA MANIFESTANDO QUE NO EXISTE RELACIÓN LABORAL CON ÉL, SINO UN CONTRATO CIVIL DE SUMINISTRO POR VIRTUD DEL CUAL UN TERCERO LE PROPORCIONA TRABAJADORES Y LO LIBERA DE CUALQUIER OBLIGACIÓN DE CARÁCTER LABORAL EN RELACIÓN CON AQUÉL, DICHA EXCEPCIÓN RESULTA IMPROCEDENTE.

Si en un conflicto de trabajo se alega despido injustificado y el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con el trabajador, por existir un contrato de naturaleza civil de suministro de personal, por virtud del cual una tercera empresa suministra trabajadores al beneficiario a cambio de una determinada cantidad por los servicios prestados, y aquélla lo libera de cualquier obligación de carácter laboral en relación con el trabajador "suministrado", dicha excepción resulta improcedente, porque los extremos en que se apoya contravienen un principio esencial del derecho social contenido en el artículo 3o. de la legislación laboral, consistente en que "el trabajo no es artículo de comercio", así como las demás disposiciones que garantizan los derechos mínimos de los trabajadores contempladas en él, que son de orden público y deben observarse por todos los individuos en la Federación, ya que, por una parte, la empresa que suministra el personal a la beneficiaria no se constituye en intermediario laboral en términos de los artículos 12 a 15 de la Ley Federal del Trabajo, sino que en realidad utiliza el trabajo del personal que contratan las empresas beneficiarias como materia prima y, por otra, al relevar de todo compromiso laboral al verdadero patrón, pretende establecer nuevos actores en la relación entre el capital y el trabajo, como serían los "trabajadores suministrados" (que no gozan de todos los derechos que los demás trabajadores tienen en la empresa beneficiaria), convirtiéndose en patrones virtuales que por medio de contratos civiles se subrogan a los patrones en sus obligaciones laborales, lo cual está prohibido tanto por el apartado A del artículo 123 constitucional, como por su ley reglamentaria.

³¹tesis Aislada.9o.T.191 L, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, marzo de 2005, p.1, 112.

7.- REGULACIÓN DEL OUTSOURCING EN EL PROYECTO DE REFORMA A LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

Mucho se ha comentado sobre las diversas propuestas de reforma a la Ley Federal del Trabajo vigente, desde hace más de diez años se ha dejado ver la necesidad de adecuar las normas a las realidades actuales de la modernidad que se vive hoy en día.

.....El *outsourcing* es una de ellas, desde hace ya algunas décadas ha sido operado en su mayoría por empresas transnacionales establecidas en el país y sin un marco jurídico actualizado que regule sus actividades violando en sumadas ocasiones los derechos de los trabajadores producto de una conquista histórica.

.....Actualmente el tema del *outsourcing* está en boga ya que estamos a pocos días de que se cumpla el periodo para la aprobación en la Cámara de Senadores del Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo³² aprobado por la Cámara de Diputados el 29 de Septiembre de 2012, al respecto, muchas opiniones están a favor de los cambios en los esquemas laborales y flexibilización de las relaciones laborales pero otras, declinan en contra ya que establecen que la regulación del *outsourcing* es inconstitucional pues va en detrimento y menoscabo de los derechos laborales hasta el extremo de eliminar los derechos colectivos.

.....El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en sus artículos 15-A, 15-B, 15C, 15D, 1004-B Y 1004-C regulan las relaciones laborales derivadas del *outsourcing*.

.....El Artículo 15-A, proporciona una definición del trabajo en régimen de subcontratación y establece una serie de condiciones que deberá cubrir como: no se podrá realizar en las actividades sustantivas objeto principal de la empresa, la justificación de su carácter especializado que agregue un insumo adicional a los procesos de producción, no podrá abarcar la totalidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo, no podrá comprender tareas iguales o similares a las que realicen el resto de los trabajadores al servicio del beneficiario.

.....Artículo 15-B, establece que el contrato que se celebre entre la persona física o moral beneficiaria y el contratista deberá constar por escrito e impone a la beneficiaria la obligaciones de cerciorarse que el contratista este constituido

³² Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2012/sep/20120928-A.pdf> (consultado el 22 de octubre de 2012)

legalmente y tenga la solvencia para cumplir con las obligaciones que deriven de la relación de trabajo.

.....Artículo 15-C, menciona que la empresa beneficiaria debe cerciorarse permanentemente que el contratista cumpla con las disposiciones en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo.

.....Artículo 15-D, Establece la presunción de quien utilice el régimen de subcontratación de manera dolosa cuando con el objeto de simular salarios y prestaciones menores la contratista o beneficiaria de los servicios tengan simultáneamente relaciones de carácter mercantil o civil respecto de los trabajadores.

.....Al igual que establece sanciones en sus artículos 1004-B, que por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en el artículo 15-B se impondrá multa equivalente de 250 a 2500 veces el salario mínimo y 1004-C, que establece que a quien utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa se le impondrá multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo.

.....El proyecto tiene un buen sentido al regular el outsourcing con normas que benefician a los trabajadores de las simulaciones entre las empresas beneficiarias y contratistas, la intención es buena pero ahora solo falta ver los efectos de su aplicación si el proyecto es aprobado sin correcciones en lo que al *outsourcing* se refiere, lo cierto es que con el tiempo se intentará de buscar solución a los nuevos problemas que se planteen por la introducción de esta figura en el ámbito del Derecho laboral mexicano y saber si el país realmente se encuentra en las condiciones para afrontar los nuevos retos de la competencia económica mundial.

CONCLUSIONES.

.....Se puede concluir que la figura del *outsourcing* no es tan fácil definirla ya que dependerá del grado de desarrollo, infraestructura, políticas económicas, laborales entre otros factores de cada Nación en que se presente.

Su implementación se lleva a cabo por medio de contratos ya sean civiles o mercantiles entre las empresas beneficiarias y las subcontratistas, es benéfica para las empresas del sistema capitalista ya que pueden delegar parte de sus actividades centrándose en su negocio principal transmitiendo a los subcontratistas las obligaciones derivadas del reclutamiento y contratación de los trabajadores y por ende de las relaciones laborales que se deriven, ahorrándoles costos y haciendo más eficaces sus operaciones comerciales a nivel mundial.

.....Desde el punto de vista de los derechos laborales y respondiendo a la pregunta inicial ¿Si dentro de sus políticas y *modus operandi* se violan derechos consagrados en la Carta Magna y su Ley reglamentaria? las empresas *outsourcings* no son benéficas, puesto que por carecer de un marco jurídico eficiente que no establezca su forma de operar en el país puede dar paso a pactos que impliquen violación a los derechos constitucionales consagrados a los trabajadores disfrazando las relaciones laborales en contratos de prestación de servicios profesionales, comisiones mercantiles y contratos de suministro de personal con la evidente actitud de eludir responsabilidades en materia de seguridad social, de higiene y laboral.

.....También como se puede apreciar el proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo aprobado por la Cámara de Diputados el 29 de Septiembre de 2012 es bueno a simple vista pero por el momento está pendiente su aprobación por el Senado de la República y si así fuera, aún queda las interrogantes de saber cuáles serán los efectos de la inclusión de esta figura y sí en general el sistema de justicia laboral, empleados públicos y abogados se encuentran preparados para afrontar las nuevas problemáticas que surgirán con las relaciones trianguladas que distan mucho de los principios sobre los que se forjó el derecho laboral mexicano.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

BIBLIOGRÁFICAS:

BOUZAS ORTÍZ, Alfonso. *Propuestas para una reforma laboral democrática*, México, UNAM, 2007.

CASTELLO, Alejandro “La Subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay”, en: Revista Latinoamericana de Derecho Social, Número 9, Julio-Diciembre 2009, Uruguay, Pág. 53 – 87.

ECHAIZ MORENO, Daniel, “El Contrato de Outsourcing” en: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Numero 122, Mayo- Agosto 2008, México, Pág. 763 – 793.

ESPINO RODRÍGUEZ Tomás Francisco. y PADRÓN ROBAINA Víctor. “¿Qué actividades deberían externalizar las empresas? Una aproximación bajo la perspectiva de recursos y capacidades”, en: Revista de Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, Vol. 10, Número 1, Pág. 209 – 230.

SANCHEZ CASTAÑEDA Alfredo, *et. al.*, *La Subcontratación: un fenómeno global*, México, UNAM, 2011.

SILVA MÉNDEZ, José, “¿Es posible la prestación de servicios fuera de la esfera del derecho laboral? En: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 24, Enero-Junio 2011, México, Págs. 91 – 107.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de octubre de 2012.

Nueva Ley Federal del Trabajo, publicada en Diario Oficial de la Federación el 01 de abril de 1970, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 09 de abril de 1912.

Código de Comercio, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 07 al 13 de diciembre de 1889, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de abril de 2012.

Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 09 de abril de 2012.

INTERNET:

Suprema Corte de Justicia de la Nación, en:
<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

Cámara de Diputados, en:
<http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>

Organización Internacional del Trabajo, en:
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535

INFOSYS, en:
<http://www.infosysbpo.com/mexico/spanish/Pages/index.aspx>

Caso NIKE, en:
<http://www.yassconsultores.com/empresas/CASO-NIKE.pdf>

IBM, en:
<http://www-935.ibm.com/services/mx/es/it-services/servicios-de-outsourcing.html>