



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EL OUTSOURCING ANTE LA NORMA LABORAL MEXICANA

TESIS

Para obtener el Título de Licenciado en Derecho

Presenta

Juan Carlos Ojeda Rodríguez

Asesor de Tesis

Dr. Gerardo Valente Pérez López



Ciudad Universitaria, México DF. 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIA

Dedico esta tesis principalmente a mi familia especialmente a mis padres: Nabor y Rosalba.

A mis hermanos: Marco Antonio y Eduardo.

Quienes todos los días buscan la manera progresar a pesar las adversidades.

De la misma manera agradeciendo de antemano a mi asesor el Doctor Gerardo Valente por darme los motivos para seguir con la tesis.

INDICE

	Págs.
Introducción	I

CAPITULO 1

EL OUTSOURCING Y EL DERECHO LABORAL

I. Antecedentes Nacionales y Supranacionales	1
II. Conceptos de Outsourcig Relacionados	7
III. Contrato de Outsourcing y su comparación con otros Contratos Nominados e Innominados	10
IV. Sujetos que Intervienen.	20
1. El Patrón	20
1.1. Estrategias y Costos	22
2. La Empresa Outsourcing	24
2.1. Participación dentro del Contrato	26
2.2. Fin Lucrativo	27
3. Figura del Intermediario dentro de la Legislación	29
4. El Trabajador	31
4.1. Vulnerabilidad	32
V. El Outsourcing en el ámbito de la Administración Pública	34
1. El contrato Administrativo.	35
VI. Ilegalidad Proporcional del Outsourcing	39

CAPITULO 2

EXTERNALIZACIÓN DE ACTIVIDADES Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: SUBCONTRATACIÓN, CONTRATOS TEMPORALES, DESPIDOS POR CAUSAS ECONÓMICAS Y CESIÓN ILEGAL DE LA SUBCONTRATACIÓN

I. Contratación Temporal y Outsourcing	41
1. Proyección del Outsourcing sobre la Duración del Contrato	42
2. Extensión del Contrato para Obra o Servicios	43
3. Vinculación del Trabajo a la duración del Contrato	46
II. Externalización y Cese de los Efectos de la Relación Laboral por Causas Empresariales	50
1. La Externalización Productiva como Causa de Extinción de la Relación de Trabajo	51
2. Cese de los Efectos de la Relación Laboral por Causas Empresariales: Causas de Extinción	52
III. Outsourcing y Transferencia Laboral: Delimitación y Responsabilidades Empresariales por la Transferencia de los Trabajadores	53
1. Marco Económico-Jurídico del Outsourcing y la Transferencia de los Trabajadores	54
2. Movilidad Laboral y El Negocio Jurídico Simulado	55
2.1. Empresas de Servicios	56
2.2. Existencia de la Organización Empresarial	57
2.3. Sectores Específicos de Riesgo	58
2.4. Condición del Trabajador Contratado por la Empresa Outsourcing	61
3. Vulneración del Contrato de Trabajo	62
3.1. Fraude de Ley	63
3.2. Efectos del Contrato de Trabajo	65
3.3. Subsidiariedad y Solidaridad de las Obligaciones Nacidas del Contrato de Trabajo	67

3.4. Derechos del Trabajador	68
IV. Responsabilidad del Patrón por el Incumplimiento en las Obligaciones Contraídas con el Trabajador	70

CAPITULO 3

CLASES DE INTERMEDIACIÓN Y CAMBIOS EN LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA, SUCESIÓN EN LA CONTRATACIÓN Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CONTRATISTAS

I. Clases de Intermediación y Cambios en la Titularidad de la Empresa	76
1. Clases de Intermediación	77
2. Titularidad de la Empresa	79
3. Carácter Solidario de la Obligación y Sujetos de Responsabilidad	83
4. Responsabilidad Solidaria de las Obligaciones Laborales	85
5. Responsabilidad Solidaria de las Obligaciones de Seguridad Social Nacidas anteriormente al Sistema Outsourcing	87
5.1. Responsabilidad por las Cotizaciones	88
5.2. Responsabilidad por las Prestaciones	89
II. Responsabilidad en la Sucesión de Contratos, Sucesiones y Negociación Colectiva	90
III. Fundamento y Justificación de la Responsabilidad Empresarial Derivada de la Contratación y Subcontratación y su Responsabilidad Solidaria con la Seguridad Social	94
1. El Requisito de la Contratación y Subcontratación Corresponde a la Actividad de la Empresa Principal	97
2. Alcance y Contenido de la Responsabilidad Solidaria por las Obligaciones referidas a la Seguridad Social	98
IV. Responsabilidad Subsidiaria de las Deudas con la Seguridad Social	100

1. Aplicación de la Responsabilidad Subsidiaria a la Contratación no Correspondiente a la Propia Actividad de la Empresa	101
V. Responsabilidades de la Administración Pública en el Ejercicio de su Propia Actividad	103

CAPITULO 4

CONTROL DEL SISTEMA OUTSOURCING. CRECIMIENTO DESMEDIDO Y ALTERNATIVAS A LA SUBCONTRATACIÓN

I. Regulación del Fenómeno Outsourcing en México y Derecho Comparado . .	109
1. Ordenamiento Jurídico Mexicano	110
2. Ordenamiento Jurídico Extranjero	113
II. Instituciones que crecen de manera desmedida	121
1. Sector Empresarial	121
2. Actividades más subcontratadas	121
III. Realidad del Sistema Outsourcing	124
IV. Propuestas y opiniones	129
V. Esquemas de Subcontratación	143
 CONCLUSIONES	 148
 BIBLIOGRAFÍA	 151

INTRODUCCIÓN

La doctrina económica considera que, a través de un proceso productivo, la reducción de los costos provoca un mayor beneficio de lucro y con ello una mejor competitividad tanto dentro del mercado global como del regional.

El empresario busca los mecanismos idóneos para impulsar su negociación y al verse inmerso en las estrategias del sistema de contratación Outsourcing opta por ejecutarlas dentro de su empresa en detrimento del elemento humano exponiéndolo a perjuicios laborales a cambio del beneficio económico.

En cambio, el Derecho del Trabajo sustenta que el exponer al trabajador dentro del outsourcing lo induce a una relación laboral en condiciones menos favorables, en comparación del asalariado que rige su vínculo jurídico de manera estricta y fuera de la subcontratación.

De acuerdo a lo anterior, durante el desarrollo de esta investigación se analizará el sistema outsourcing en México, su fundamento jurídico deriva de la figura del intermediario, cuya labor es la de contratar a cierta cantidad de trabajadores quienes laborarán en otras empresas distintas a la del contratista.

En el **capítulo primero** se hace una descripción de los antecedentes que marcan la estructura formativa del sistema outsourcing en nuestro país, posteriormente se señalan las diversas acepciones del concepto de outsourcing, la comparación del contrato outsourcing con los distintos contratos usados en la práctica laboral, la conceptualización de los elementos personales que intervienen en la relación laboral bajo el sistema outsourcing.

Cabe recalcar que el modelo de subcontratación viene de países con mayor capacidad de producción, que en nuestro país, por lo que al ser introducido en México resulta una buena propuesta tanto para el empresario nacional como extranjero para su aplicación en el mercado nacional.

Este sistema es ajeno a la legislación laboral pero familiarizado en el ordenamiento jurídico civil por lo que su práctica ha sido puesta en marcha por el patrón y en la mayoría de los casos se ha vuelto desconocida para los trabajadores al modificar la figura tradicional de un patrón y un solo sujeto subordinado a cambio de recibir un salario remunerador.

En el **capítulo segundo** se hace un análisis de las características que distinguen al contrato outsourcing de los demás contratos de trabajo, la transición de una relación laboral normal a una relación de trabajo bajo los lineamientos de la subcontratación, las causas de extinción de la relación laboral, la condición del trabajador subcontratado y las responsabilidades del patrón por el incumplimiento de las obligaciones contraídas con el trabajador.

En el **capítulo tercero** se señalan los tipos de responsabilidades tanto de la empresa principal como del contratista, sus alcances y las responsabilidades de la administración pública en el ejercicio de su propia actividad.

En el **capítulo cuarto** se indica la regulación del sistema outsourcing dentro de la legislación nacional y extranjera, las actividades más subcontratadas en México y por ultimo algunas opiniones y ejemplos de la realidad del sistema outsourcing.

La aplicación del sistema outsourcing ya ha rebasado los lineamientos competitivos de las empresas privadas y ha sido corroborado su uso en empresas de carácter público haciendo que las administraciones públicas comiencen a sustituir a su personal por otro más capacitado y más barato con los argumentos de responder a favor del interés común.

De la misma manera se señalarán los vicios en la relación laboral debido a la implementación del sistema Outsourcing. La propuesta de estudio radica en buscar la normatividad que agregue las condiciones laborales idóneas para el trabajador y el patrón. Y así determinar si el Outsourcing en condiciones óptimas de regulación, puede beneficiar a ambos sectores sin caer en el error de una desproporción legal dentro del ambiente laboral.

CAPITULO 1

EL OUTSOURCING Y EL DERECHO DEL TRABAJO

En el presente capítulo se hará un análisis del papel que juega el sistema *outsourcing* en el Derecho del Trabajo. Como ha sido puesto en marcha su dinamismo en el aparato productivo empresarial y su trascendencia en relación al trabajador frente a un modelo de contratación distinto al tradicional ampliando la postura compartida del mando ante la relación de obediencia por parte del elemento humano.

Las condiciones de trabajo que ha establecido el patrón han evolucionado ante la puesta en marcha de los movimientos sociales obreros y campesinos de principios del siglo XX a manera de brindar protección al trabajador ante las desigualdades sociales y laborales y que a pesar de la lucha significativa para este sector hoy en la actualidad persisten esas diferencias y suelen acercarse de manera cambiante.

I. Antecedentes Nacionales y Supranacionales

La intromisión de un sistema de contratación denominado *outsourcing* muestra para su análisis dos enfoques relacionados y la vez intrigantes para el derecho del trabajo: por un lado el empresario que busca un beneficio económico a toda costa y por otro lado el trabajador ansioso de progresar en un ambiente digno se ve envuelto en otra encrucijada puesto si es subcontratado ante la imposibilidad de mejorar las condiciones laborales presentes u orillado a buscar otras opciones laborales bajo condiciones sumamente competitivas o escasas ante la realidad actual del país.

➤ **Antecedentes Nacionales**

El sistema de contratación llamado outsourcing tiene varios años de existir en nuestro país; en México se denomina subcontratación por lo que ha recibido y sigue recibiendo particular atención por parte del gobierno mexicano.

Para sustentar estas afirmaciones es necesario referirse a las páginas de Internet que el gobierno ofrece acerca del tema. La página de internet del SSI - Sistema para la Subcontratación Industrial-, programa gubernamental de la Secretaría de Economía de fomento del outsourcing a nivel nacional, en éste se prevén varias líneas de acción, promoviendo, por ejemplo, la inscripción de los proveedores en un listado que pueda ofrecerse a las empresas - las empresas-patrón-, el fomento de inversiones en el desarrollo de los mismos proveedores, etc. El listado de los proveedores inscritos a través de la Secretaría de Economía aparece en la página del SIEM -Servicio Informativo Empresarial Mexicano-. Es evidente entonces que la subcontratación es fomentada por el gobierno federal como estrategia de política económica.

Es preciso hacer la aclaración de que el outsourcing es un contrato originado en el exterior e introducido en México por las empresas multinacionales cuya proyección económica es viable en el país.

Como antecedente más próximo se alude a la figura del contrato de obra a precio alzado regulado por la legislación civil misma que comprende una práctica similar a la del contrato de outsourcing al indicar que la realización de la obra está a cargo de un empresario que se compromete a la realización de la misma proporcionando elementos propios suficientes a cambio de una prestación de la cual una persona denominada dueño se obliga a pagar un precio. En este contrato el empresario se responsabiliza de todas las obligaciones que emanen de la relación contractual mientras que el dueño solo debe a pagar una prestación por tales servicios u obras.

A partir de finales de los sesentas, para confirmarse definitivamente en los ochentas, la industria maquiladora en México adquiere gran auge en razón de ofrecer mano de obra barata adaptable a las escasas condiciones laborales ofrecidas.

La industria maquiladora mexicana siempre se ha puesto al servicio del patrón multinacional con capital estadounidense, japonés o europeo debido a la presencia de capital extranjero así como la accesibilidad a las materias primas de buena calidad lo que conlleva a introducir una competitividad en el mercado extranjero gracias a la estratégica condición geográfica que tiene el país.

En México la principal tendencia de contratación bajo la premisa del sistema outsourcing se ve reflejada en actividades de muy baja prioridad productiva dentro de la empresa pero que de algún modo tiene que ser resuelto por el patrón y por lo regular cae esa encomienda hacia el intermediario quien sin mayores dificultades puede posicionar personal en el cargo requerido; esas actividades recaen, primordialmente, en personal de limpieza, uso de maquinaria industrial y de transporte de fletes o de personal.

Esa tendencia tiene su origen en la economía de los Estados Unidos, que es el principal socio comercial del país y que al subcontratar elementos nacionales con vías de un menor costo dentro de las expectativas del mercado nacional viene a posicionar condiciones de crecimiento por lo tanto favorables debido a la posición geográfica que comparten ambas naciones.

➤ **Antecedentes Supranacionales**

Desde hace varias décadas, el outsourcing es utilizado como una técnica de gestión empresarial en las industrias de construcción civil, minería y agricultura.

En el sector de la construcción civil el empresario se compromete frente al promotor o comprador a realizar el conjunto de la obra y a su entrega, y para ello

debe encargarse uno o más componentes del producto final (cimentación, estructuras, fontanería, electricidad, etc.) a otros empresarios que se especializan en la ejecución de dichas tareas.

La posición más aceptada es aquella que explica que el outsourcing nace incipientemente en los años setenta del siglo pasado con la revolución post-industrial, y se encuentra su punto de ebullición dos décadas después con la revolución informática, para culminar con el modelo fordista¹.

El uso del outsourcing en aquellos sectores tradicionales, no afectaba a la mayoría de las actividades sino sólo aquellas que requerían de cierta especialidad en los trabajadores o de maquinaria de utilización esporádica. Posteriormente, el término outsourcing, propiamente dicho, empieza a ser usado desde inicios de los años noventa por los empresarios estadounidenses, para identificar nuevas formas de organización de la actividad productiva, particularmente facilitadas o potenciadas por la extensión de nuevas tecnologías.

Dentro del sector empresarial, el outsourcing aludía a formulas en virtud de las cuales empresas que no integraban los servicios informáticos dentro de lo que era el corazón de su negocio (*core business*), transferían tales funciones a otras empresas cuya especialidad era precisamente informática.

Este sistema de trabajo no es nuevo en la legislación laboral de otros países, podemos señalar que en la década de 1910-1920, se comenzó a utilizar un sistema de cobertura de trabajo temporal para cubrir plazas de trabajo. En la primera guerra mundial trajo consigo cambios de orden estructural, los cuales tuvieron incidencia en el sistema de contratación de personal dependiente

1 El modelo fordista supone la organización de la producción por línea de montaje, donde las tareas se hallan rígidamente divididas, tanto en su aspecto técnico como social: la división de trabajo entre aquellos que generaban las ideas, los que controlaban su implementación y quienes las llevaban adelante, dando lugar a lo que se llamó la organización científica del trabajo, donde la mejor forma de producir una pieza es igual a la suma de determinados movimientos mecanizados y rutinarios. [Http://www.aap.org.ar/dinámica/dinámica-6](http://www.aap.org.ar/dinámica/dinámica-6)

En la década de los 40, ocurrió una nueva conflagración mundial, mucho más destructiva que la anterior, y que en esta oportunidad enfrentaron a las democracias (representadas por los Estados Unidos y el Reino Unido) contra sistemas totalitarios (el fascismo y el nazismo). En el orden del sistema de contratación de mano de obra, la Segunda Guerra Mundial originó un mayor uso del sistema de contratación temporal (específicamente en la Europa Post-Guerra).

El convenio OIT No. 88 (San Francisco, USA, 1948) ya establecía que las autoridades competentes deberán tomar todas las medidas necesarias para lograr una cooperación eficaz entre el sistema público del empleo y las agencias privadas de colocación sin fines lucrativos (ART. 11), lo que representó la consagración de que los empleadores pueden recurrir a agencias privadas para la captación de personal.

Posteriormente, el convenio OIT 96 (Ginebra, Suiza, 1949) consagró el establecimiento de Agencias de colocación con fines lucrativos, es decir, toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con el objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto: esta definición no se aplica a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tenga por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores; las agencias de colocación sin fines lucrativos, es decir, los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, perciban del empleador o del trabajo, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera (Art. 1).

Estas normativas supranacionales han permitido que los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo puedan implementar en los sectores públicos y privados el sistema de colocación de empleos, especialmente para trabajo de carácter temporal.

Así, la primera operación en ser denominada outsourcing por la industria, se produjo en 1989 cuando KODAK celebró acuerdos con IBM, *Businessland* y *Digital Equipment Corporation* (DEC), con un horizonte temporal de 5 a 10 años, para que se encargaran de toda su área informática.

Con el paso del tiempo, empieza a denominarse outsourcing a todo encargo de servicios (informáticos o no) a terceros, a fin de que el empresario se dedique a realizar únicamente su actividad nuclear.

No obstante, últimamente se están poniendo en duda las distinciones tradicionales entre servicios que pertenecen al núcleo central y los que no, a medida que muchas empresas trasladan a los proveedores la responsabilidad de llevar a cabo tareas que forman parte esencial de sus procesos empresariales.

Hoy en día es posible la implementación vía subcontratación en casi cualquier área de las empresas, pudiendo celebrarse contratos de outsourcing para las áreas de asesoría financiera, contabilidad, auditoría, informática, relaciones públicas distribución, archivo, mensajería, aseo, etc.; por lo que algunos se atreven a proyectar que si el proceso avanza, posiblemente toda una empresa podrá ser manejada por terceros, incluyendo su alta gerencia con la coordinación y la vigilancia de una junta directiva o de los accionistas, cuando la empresa es de unos cuantos dueños.

Actualmente existen varias empresas sin trabajadores que han alcanzado éxito en el mercado. Compañías como Toyota, Nike², o Benetton, reciben la calificación de empresas coordinadoras de redes de contratistas, ya que han externalizado la

2 Nike ha externalizado casi la totalidad de su producción de calzado para concentrarse en las actividades de pre-producción (investigación y desarrollo), y post-producción (marketing, distribución y ventas). Sin embargo conserva todavía una pequeña fábrica para la producción de algunas partes de sus zapatillas. *Reebok*, un competidor directo, aun no contempla este proceso. SCHNEIDER SHPILBERG, Ben. *Outsourcing*. Compartiendo el conocimiento. Lima: Apoyo, 2002.P. 40.

mayor parte de sus procesos productivos, reteniendo algunas cuantas actividades a su cargo. Este tipo de empresas deciden lo que se debe producir, dónde, cómo y por quién, y luego se concentran en desarrollar la fidelidad a la marca, el diseño del producto, el control de la calidad y la distribución. Así, aprovechan su estructura reducida y dinámica para crecer geográficamente³.

II. Conceptos de Outsourcing Relacionados

El outsourcing es un anglicismo que proviene de las palabras *out* (afuera, hacia afuera) y *source* (origen, fuente), el cual puede ser traducido como “ejecución desde afuera”.

En el idioma español, encontramos múltiples denominaciones alternativas al concepto de outsourcing, tales como descentralización productiva, contrata y subcontrata de obras y servicios, tercerización, externalización, subcontratación, flexibilización productiva, etc⁴.

El outsourcing puede ser definido como la transferencia al exterior de la empresa de actividades hasta entonces asumidas internamente o que, según el modelo de organización empresarial, habrían sido directamente gestionadas.

Lo anterior implica que el outsourcing surge como una herramienta de gestión de negocios que procura maximización de beneficios y la minoración de costos, a la vez que genera valor para la empresa y sus grupos de interés.

3 COSTA, Carlos. Estrategia en la Era de la Desintegración. Harvard Deusto Business Review. Bilbao. Pp.36-45.No 93

4 DOLORIER TORRES, Javier, Outsourcing y Derecho del Trabajo, Revista Peruana de Derecho de la Empresa, Lima, Perú, Pp. 121-123 ,Año 2001

La expresión outsourcing se aplicó a la exteriorización de los sistemas informáticos de la empresa principal, hoy en el ámbito de la economía de la empresa, y también en su uso por parte de la doctrina científica laboral, se ha extendido para designar cualquier tipo de obtención, mediante la subcontratación, de los bienes y servicios que precisa la empresa principal, pudiendo incluso crear esta última empresa con tal finalidad, por lo que incluye otras formas de cooperación que van más allá de la simple contratación externa.

Son dos los enfoques clásicos del outsourcing: el denominado operativo, referido a la exteriorización de actividades menos importantes para la empresa, y el estratégico que opera en sentido contrario al primero, conlleva una intensificación de la relación de cooperación mediante fórmulas de filiación cediendo parte de su actividad a otra u otras empresas proveedoras, jurídicamente independientes, llegando incluso a constituir un grupo empresarial o una red de empresas.

Una definición del outsourcing que tiene gran acogida en el Derecho comparado, es la que lo conceptúa como una estrategia empresarial que lleva a las empresas a fragmentar el ciclo productivo para centrarse en las que consideran, en su caso, competencias nucleares (*core competences*), contratando con proveedores externos actividades de la empresa que solo se consideran competencias básicas de esta.

El outsourcing es configurado a partir de dos rasgos que constituyen sus notas de identidad: la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización de ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo.

El ciclo productivo viene a ser el complejo de operaciones normal e íntegramente necesarias para obtener un resultado en el cual se identifica el fin de la empresa. La caracterización del outsourcing a partir del ciclo productivo ha llevado, en la práctica, a que la externalización de las actividades que no pertenezcan al mismo se encuentre no regulada desde el punto de vista laboral. Esto ocasiona que la protección especial que se brinda a los trabajadores

en los supuestos de outsourcing de actividades principales, no se haga extensible a los trabajadores que realizan labores complementarias encargadas a terceros.

Se puede afirmar entonces que la caracterización tradicional del outsourcing obliga al operador jurídico a establecer, al margen o contra las manifestaciones del empresario, cual es la propia actividad de este y cuando contrata obras o servicios correspondientes a su propia actividad y cuando no. Pero la realidad de la práctica empresarial nos lleva a concluir que la actividad principal no puede ser controlable jurídicamente, ya que dependerá exclusivamente de las decisiones estratégicas adoptadas por el empresario ejercitando la libertad de empresa,

Por todas estas razones, la doctrina laboralista viene propugnando la eliminación del ciclo productivo como elemento esencial en la regulación laboral del outsourcing, sin embargo, dicha regulación contiene un elemento que si resulta útil para distinguir al outsourcing de otras figuras con las que pudiera ser confundido. Esto es, la exclusividad del vínculo laboral que une a los trabajadores con la empresa contratista, desde un doble punto de vista: formal, por cuanto figuran contratados por la misma, que es la que los retribuye, cotiza a la seguridad social, etc. Y real, por cuanto es la propia empresa auxiliar la que ejerce el poder de dirección sobre los mismos,

En si es un sistema por el cual las empresas colocan a trabajadores en otras empresas con el fin de desarrollar labores previamente establecidas. En sentido estricto, la contratación de personal requiere de dos personas: El patrón y el Trabajador. El primero contrata los servicios del segundo con el fin de que éste último realice las actividades bajo su dirección a cambio del pago de una contraprestación económica (remuneración).

En cambio el outsourcing realmente permite la presencia, no de dos, sino de tres personajes: El patrón, los trabajadores y la empresa outsourcing; este último puede guardar una doble investidura similar a la del patrón cuando se obliga a ejecutar actividades propias de la empresa principal asumiendo las facultades de contratación como son la dirección o supervisión de las actividades de los

trabajadores mientras que el empresario principal ofrece el establecimiento donde se prolongará la relación laboral originada entre la empresa outsourcing y el trabajador.

III. Contrato de Outsourcing y su Comparación con otros Contratos Nominados e Innominados

Para detallar los alcances de este tipo de contratos es necesario señalar los conceptos características y contenido el mismo dentro de una perspectiva económica y jurídica.

Suele utilizarse el *nomen juris* anglicano *outsourcing* para referirse a este contrato que los italianos conocen como *decentralizzazione Della produzione, esternalizzazione di business* o *terzarizzazione*, y que en los países francófonos se refiere como *externalization d'activités*. Aquí la denominación no es un tópico que pueda soslayarse fácilmente, porque la misma, en su amplísima traducción, ha generado la confusión del concepto originalmente estadounidense y su tergiversación, especialmente en el derecho continental, con términos como tercerización y subcontratación. Añádase que el derecho laboral internacional abordó el tema de la externalización productiva u *outsourcing* en la 85ª Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), llevada a cabo en 1997, donde se adoptó del término de subcontratación para delinear los derechos laborales del trabajador, confundiendo aún más el panorama de la figura contractual del outsourcing, llegando al extremo de dudarse doctrinariamente si es que el contrato de outsourcing es un contrato comercial o, como algunos consideran, un contrato laboral.

La legislación Peruana indica que la tercerización implica la realización de trabajos fuera de la actividad principal, los trabajadores tienen una relación de subordinación con la empresa contratante, lo que no sucede en el outsourcing por la desvinculación laboral, pues es un contrato que únicamente exige resultados,

eliminando toda relación de subordinación, y quedando solo un régimen de supervisión de dichos resultados, mas no de la actividad que realiza la empresa outsourcing⁵.

En ese contexto es meritoria la Circular de la Comisión Federal de Bancos de Suiza sobre la *externalization d'activivites*, donde define al outsourcing en los siguientes términos: Una empresa práctica un *outsourcing* (externalización de actividades) en el sentido de la presente circular, cuando encarga a otra empresa (delegataria) asegurar, de manera independiente y duradera, una prestación de servicios esencial para la actividad de la empresa.

Aquí la idea fundamental radica en la manifestación del mecanismo para exteriorizar este sistema de outsourcing y el idóneo es a través de un contrato. Por ello considero necesario definirlo como el acuerdo de voluntades mediante el cual una empresa cliente encarga al intermediario la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitan la realización de su *core business*.

Las características estructurales del contrato de Outsourcing son las siguientes

- A) Es un contrato nominado. Su *nomen juris* más utilizado es Contrato de Outsourcing, aunque en europa se le denomina Descentralización a la Producción, Externalización del negocio, Tercerización, Externalización de Actividades o Externalización de la Producción.
- B) Es un contrato atípico porque actualmente no está regulado en la legislación.

5 Ley de Intermediación Laboral artículo 4, ley núm. 27626; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Legislativo núm. 003-2002/TR y su modificatoria aprobada mediante Decreto Supremo núm. 008/2007/TR.

- C) Es un contrato de organización porque supone la redefinición de la estructura organizativa de la empresa.
- D) Es un contrato de duración porque las prestaciones se extienden en el tiempo para la realización de actividades delegadas.
- E) Es un contrato de resultados debido a que el intermediario está obligado a conseguir los resultados que inicialmente planteo la empresa cliente (como metas cuantificables en el mercado).
- F) Es un contrato principal porque goza de autonomía y está acompañado de otros contratos, que son accesorios a él, como licencia de uso de marca o *know-how*.
- G) Es un acuerdo de voluntades ya que al ser atípico no existe solemnidad alguna para su celebración, siendo insuficiente el acuerdo de voluntades de las partes contratantes.
- H) Es un contrato de prestaciones recíprocas donde la empresa cliente y el intermediario deben de cumplir las respectivas prestaciones que se deben mutuamente.
- I) Es un contrato oneroso porque el intermediario será retribuido por la actividad que realiza.
- J) Es un contrato de vinculación donde ocurre en el escenario económico y/o empresarial, puesto que tanto la empresa cliente como el intermediario apuntan a la realización de un mismo negocio con la división y consecuente especialización de tareas, pero si no existe dicha vinculación no perjudica la autonomía jurídica de los contratantes (quienes conservan su denominación, objeto, titular o titulares, plantel de trabajadores, derechos y obligaciones contraídas, etc.) y es que aunque el intermediario está obligado a entregar resultados, tiene pleno poder de dirección sobre aquella parte del negocio que le ha sido delegada.

Al celebrarse un contrato de outsourcing, el cual supone transferir una actividad, incluyendo información confidencial, se requiere establecer ciertos lineamientos de trabajo necesarios para evitar un daño irreparable entre las partes contratantes; es por ello que la consideración de las siguientes cláusulas serán de gran ayuda en el momento de estipular los alcances requeridos por los sujetos que contratan.

- A) El objeto. Es aquí donde se indica la actividad que realizará el intermediario o bien la empresa outsourcing durante la vigencia del contrato.

- B) Las responsabilidades. El intermediario se obliga a un resultado, por lo que deben pactarse los estándares en los que se quieren aquellos resultados (calidad en el servicio), así como los plazos en los que se deberán cumplir ciertas tareas.

- C) El plazo. El plazo del outsourcing va de 5 a 10 años. Casi siempre se tiende a la renovación de esta plazo, debiendo informarse con un plazo de 4 a 6 meses de anticipación al vencimiento del plazo en caso de no realizarse la renovación. Si bien la práctica comercial establece estos márgenes temporales, recalamos que el plazo de duración y el plazo de preaviso para la renovación son fijados exclusivamente por los partes contratantes.

- D) El conocimiento empresarial. Al celebrarse este contrato, el patrón transferirá a la empresa outsourcing parte de su conocimiento del negocio, por lo que se debe de especificar que conocimiento está transfiriendo para luego pactar la cláusula de confidencialidad.

- E) La exclusividad. Aquí se procura restringir la actuación del intermediario con el fin de que no realice la misma labor para quien es directo competidor del patrón, como medida de protección siendo necesario determinar el mercado relevante que permita definir quienes califican como su directo competidor.

- F) Los bienes. Los bienes de la empresa cliente que se necesitarán para la realización de la tarea encomendada.
- G) La capacitación. Durante mucho tiempo el outsourcing ha servido para la mejora de la empresa principal, sobre todo tratándose de mejoras en las tecnologías de la información; para esos casos resulta conveniente incluir en el contrato la capacitación de los trabajadores del patrón.
- H) El traspaso de personal técnico. Los trabajadores de la empresa principal que tengan pleno conocimiento del negocio que se va a delegar al intermediario podrían trabajar conjuntamente en las dos empresas.
- I) La inexistencia de relación de subordinación. Debe especificarse que no existe relación de subordinación intermediario al patrón ni viceversa.

➤ **Diferencias con otros Contratos**

Como el contrato de outsourcing supone la prestación de servicios, se le suele confundir con los contratos de servicios, de obra y de mandato, regulados en nuestro código civil, precisamente dentro de la categoría de los contratos de prestación de servicios, a tenor de lo prescrito en los artículos 2605 al 2669 correspondiente al título decimo del Código Civil Federal como también el contrato de mandato regulado en los artículos 2546 al 2604 correspondientes al título noveno del mismo ordenamiento federal.

Mediante el contrato de prestación de servicios, el prestador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, distinguiéndose así del contrato de outsourcing en que éste, como ya se afirmó, es un contrato de duración cuyas prestaciones se extienden en el tiempo (tracto sucesivo) para la realización de las actividades delegadas. La persona sujeta al contrato de prestación de servicios

debe hacerlo personalmente, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación, siendo entonces la regla general el carácter personal de la prestación del servicio, mientras que en el contrato de outsourcing se está ante una clara figura contractual donde el contratista suele ser una empresa especializada en la realización de las actividades delegadas por la empresa cliente que dispone, en procura de dicha labor, del personal técnico adecuado.

En el caso del contrato de obra, el artículo 1771 del código civil sostiene que por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución, apreciándose que el contrato de outsourcing no se restringe a una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución, sino a la prestación de servicios especializados en el tiempo. Por su parte, el artículo 2633 del mismo código hace hincapié a una subcontratación en el contrato de obra, a lo que puede asimilarse al contrato de outsourcing, es aquí donde el empresario (intermediario) se encarga de ejecutar una obra determinada pero solo puede ser ejecutado por otro, bajo la autorización del dueño, la cual se hará bajo la responsabilidad del empresario.

Finalmente en el contrato de mandato, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 2546 del Código Civil Federal, el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante, lo cual ni necesariamente acontece en el contrato de outsourcing porque puede restringirse a la prestación de servicios especializados, sin que ello devengue en la realización de actos jurídicos. El artículo 2549 de la norma civilista, y a manera de convenio expreso, recoge el principio de onerosidad, por el cual el contrato de mandato se presume oneroso, pudiendo ser gratuito, lo que difícilmente ocurrirá con el contrato de outsourcing, en tanto constituye la labor habitual del intermediario. Y, según el artículo 2554 de dicho texto legal, se presume que el mandato es con representación, situación que, aunque posible, es infrecuente en el contrato de outsourcing.

Ahora bien, se ha pretendido asimilar el contrato de outsourcing a los contratos asociativos, como el consorcio y la asociación en participación, regulados en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

El artículo 252 de la norma societaria aludida contiene la base normativa matriz para contratos asociativos y ahí se afirma que se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. En el contrato de outsourcing, por el contrario, no hay participación ni integración de la empresa cliente en el intermediario ni del intermediario en el patrón.

En el artículo 445 de la ley general de sociedades mercantiles, en cuyo primer párrafo se lee que el contrato de consorcio es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Esto no acontece en el contrato de outsourcing donde la empresa cliente se focaliza en su negociación, mientras que el intermediario presta sus servicios especializados para las actividades delegadas por aquella, a cambio de una retribución.

En semejante sentido, el artículo 252 LGSM prescribe que el contrato de asociación en participación es el contrato por el cual una persona, denominada asociante, concede a otra u otras personas, denominadas asociados, una participación en el resultado o en las utilidades de uno o varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución (bienes o servicios). Se distingue entonces del contrato de outsourcing en que aquí no hay participación de intermediario en el resultado o en las utilidades del patrón, sino una retribución previamente pactada; y en que tampoco existe contribución del intermediario, sino la realización de las actividades delegadas por la empresa cliente.

Ante el incontenible avance del outsourcing, algunos autores han propuesto su regulación como una nueva figura contractual del Derecho Mercantil.

El maestro Cruz Villalón considera que no es factible llegar a diferenciar desde la perspectiva mercantil algún tipo de especialidad en la vinculación jurídica que se establece entre las dos empresas, el extremo de que sea lícito comenzar a referirse a un hipotético contrato de outsourcing como sistema de contratación atípica con rasgos comunes que se extienden en el tráfico económico y de imposible identificación con las modalidades clásicas de contratación mercantil. Ante todo, el llamado outsourcing es más un fenómeno económico de organización de la actividad empresarial que se materializa a través de sistemas de cooperación interempresarial al objeto de prestación de servicios al usuario o consumidor final del producto⁶.

De la misma forma, el maestro García-Moreno entiende que el outsourcing es mucho más que unos específicos contratos, pudiendo y debiendo ser considerado más bien como un sistema organizativo o como una estrategia empresarial. Este doctrinario opina que no tendría excesivo sentido, por carecer de suficiente eficacia, su regulación como contrato específico, ya que por un lado sería difícil delimitar el objeto del mismo, el cual al ser por naturaleza complejo dejaría fuera algunos supuestos, que seguirían dando lugar a la aparición de nuevos contratos atípicos; y, por otro lado, tal regulación solo permitiría resolver los problemas de carácter mercantil, pero seguiría sin darse respuesta a las implicaciones, problemas e incertidumbres de carácter laboral o de otra índole planteados en este ámbito. Así pues, la regulación más eficaz del outsourcing debería pasar por fundamentarse en una regulación general que, concibiéndolo como una actividad empresarial compleja, que a su vez se manifiesta o concreta en una serie de

6 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Descentralización Productiva y Sistema de Relaciones Laborales. Revista de Trabajo y de Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. No. 13 Madrid, España. (enero-marzo 1994). P. 15

contratos específicos, determine el ámbito y condiciones generales de su aplicación, así como los eventuales límites a la misma, los procedimientos practicables al afecto, y las consecuencias admisibles de su utilización⁷.

El outsourcing puede instrumentarse a través de contratos civiles, mercantiles o administrativos de prestación de servicios, no pudiendo actualmente ser reconducidos en exclusiva a los contratos típicos de obra o de prestación de servicios.

➤ **Contratos Civiles**

Se incluyen aquí tanto los contratos típicos nominados (contrato de obra y de prestación de servicios), como los contratos típicos innominados regulados por el artículo 1757 del código civil.

También es posible emplear contratos que tengan elementos de dos o más contratos típicos, como en el caso de un contratista encargado de atender reclamos de los consumidores finales en un *call center* (obligación de medios), al que se le encargará, además, ofrecer una tecnología específica para la atención de dichas llamadas (obligación de resultado).

7 GARCIA-MORENO GONZALO, José María. Contratos entre Empresas para la Instrumentación de la Externalización de Actividades Laborales. Tipología y Régimen Jurídico Básico. Edit. Lex Nova. Valladolid, España. Años 2002.

➤ **Contratos Mercantiles**

En el ámbito mercantil se habla de una generalizada atipicidad de las manifestaciones concretas del outsourcing, ya que esta medida puede ser

implementada en las empresas a través de contratos de *engineering* (denominación genérica que incluye a los contratos de estudio y proyecto, de supervisión, de dirección integrada, etc.), de servicios informáticos (contratos de desarrollo de *software*, de integración de sistemas, de *back up*, etc.), de promoción de la contratación (contratos publicitarios, de *marketing*, de *merchandising*, etc.) de distribución y comercialización (contratos de comisión, de agencia, de concesión, de franquicia, de transporte, etc.), entre otros.

➤ **Contratos Administrativos**

En la administración pública puede tener lugar mediante la celebración de contratos de obra pública, de concesión, de gestión interesada, de concierto, de consultoría y de asistencia.

La implementación del sistema outsourcing en la gestión de los servicios públicos llevada a cabo por las diversas administraciones es llevada a cabo por la creación de nuevas personas jurídicas, de derecho público o privado, vinculada jurídica y económicamente a la propia administración y por otro lado mediante el recurso a la contratación o concesión de los servicios públicos con empresarios privados quienes tras un proceso reglamentado pero abierto a la competencia asumen la dirección indirecta de los mismos bajo control de la administración comitente, titular del servicio y responsable de su correcta prestación.

El estado gestor está siendo sustituido por el estado contratante en la creencia de que dentro de la administración en la prestación de los servicios públicos, la competitividad para lograr su adjudicación y la eficacia privada reducen costos

económicos sin afectar a la calidad y eficiencia dentro de las prestaciones que los ciudadanos demandan.

IV. Sujetos que Intervienen

Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, el outsourcing implica la participación de por lo menos tres sujetos: patrón, intermediario o empresa outsourcing y por último el trabajador.

1. El Patrón

Es la persona física o moral que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato.

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 10 define al patrón como la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores. Es aquí donde el patrón al hacer uso de sus facultades de contratación decide emplear a un determinado número de personas quienes, a través de una remuneración económica, deciden participar en la negociación principal del patrón cuyo fin principal es el mantener a la empresa dentro del ámbito competitivo económico encaminado a un lucro.

En el ámbito del outsourcing el patrón bajo los lineamientos de mejorar e impulsar a su empresa busca nuevos métodos competitivos que le permitan estar a la par con sus principales competidores. En esa búsqueda se inclina a estudiar el sistema de la subcontratación el cual ofrece nuevos mecanismos que promueven mejorar la producción y eliminar gastos no relacionados directamente con el producto o servicio principal que hacen exitosa a la empresa lo que conlleva a la participación de un tercero, al que se le denomina contratista, quien se compromete a hacer esto posible a cambio de una remuneración económica.

El patrón ya sea por sí mismo o a través de sus representantes, como lo señala el artículo 11 de la Ley Federal del Trabajo, es quien toma la decisión de encargar a un tercero una de las actividades que venía realizando al interior de su organización, o que podría ser asumida por ésta⁸.

Cabe anotar que la posición del comitente solo se encuentra reservada en exclusiva para los empresarios privados, puesto que los titulares de la administración pública pueden también optar por la externalización de los servicios públicos e incluso de actividades especializadas del propio aparato administrativo.

La actividad productiva del patrón que será materia de la subcontratación implica la realización de obras o servicios, en colaboración con la empresa contratista, donde desde un primer plano corresponden a las operaciones o labores inherentes a la producción de bienes o servicios específicos que se propone colocar en el mercado o prestar al público, de modo que se integran en el concepto de las actividades inherentes que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal; como segundo plano se hace énfasis a todas las labores, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar adecuadamente sus funciones. Mientras para la primera sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal son propia actividad; para la segunda además de las actividades que constituyen el ciclo productivo de la empresa, también forman parte del concepto aquellas actividades que pueden considerarse instrumentales respecto de ese ciclo, pero de una forma u otra son precisas para su realización.

Por último el elemento locativo relacionado con la actividad productiva del patrón se ubica como la ejecución de la misma en uno de los centros de trabajo de la

8 Los directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan funciones de dirección o administración en la empresa o establecimiento, serán considerados representantes del patrón y en tal concepto, lo obligan en sus relaciones con los trabajadores. Art. 11 LFT.

empresa principal, junto a otros posibles, donde la actividad subcontratada realizada por el contratista ya sea dentro o fuera de los inmuebles de la empresa principal no excluye su existencia. Pero más que el centro de trabajo hay que atender al lugar de trabajo, incluyendo todo ámbito geográfico que está bajo el poder de dirección y organización del empresario principal, en tanto las nuevas tecnologías permitan al patrón el seguimiento, dirección y control de la ejecución de la obra o el servicio por la empresa contratista desde su propia sede.

1.1 Estrategias y Costos

Existen razones de diversa índole que impulsan a las empresas a poner en práctica estrategias de outsourcing, abandonando la idea de mantener un modelo de producción integral. Ya sea por motivos estrictamente económicos, incluidas las ventajas fiscales, o para lograr cuotas más altas de eficiencia productiva haciendo uso de las nuevas tecnologías y de la especialización, ya atendiendo a criterios vinculados a la gestión flexible del personal, lo cierto es que las empresas optan, cada vez más, por el sistema outsourcing.

Durante los cambios presentados por parte del patrón ante el sistema outsourcing éste analiza cuales son los mecanismos a utilizar durante esa transición; es por ello que el actuar del patrón se ve transformado al presenciarse las estrategias y pasos a seguir para el éxito de la entrada en labor del contrato de outsourcing.

Es en este punto donde interviene el factor económico que la empresa principal fijara para su renovación con las siguientes reglas de transición:

- Transferencia a la empresa outsourcing: Esta es una opción para el personal cuyas capacidades y experiencia encajan con el perfil equivalente dentro de la organización del intermediario. Puede que sea la única opción que ofrezca como empresa. Por ejemplo, la TUPE, en Gran Bretaña señala que ni la empresa principal ni la empresa outsourcing pueden seleccionar

que personal será transferido. Esto es debido a la importancia de la negociación debido a que no cualquier trabajador puede manipular el objeto principal de la empresa el cual la hace ser exitosa, es decir, no es recomendable hacer uso de un nuevo trabajador sobre otro quien lleva la experiencia y responsabilidad con su la labor y de quien se le mantiene la confianza de ser un elemento notorio dentro de la empresa. Esto radica que no toda la negociación puede ser subcontratada debido a la complejidad de la misma que impide ser abierta a nuevos elementos laborales bajo el riesgo de acaparar el secreto éxito de la negociación⁹.

- Cambio de departamento dentro de su propia organización: Algunas empresas eligen ofrecer esta opción, que queda abierta para el personal que no tiene ningún perfil en la organización del proveedor, pero cuyas capacidades y experiencia les hacen adecuados para otro perfil en otra parte de la empresa actual. La reacción del personal implicado es impredecible; algunos estarán encantados, pero otros es probable que sean testarudos al respecto.
- Despido Sea Forzado o Voluntario: Los empleados a los que se les ofrece la oportunidad de dejar la organización con una indemnización, que la aceptan y se van, se consideran como despidos voluntarios. Puede que se les haya ofrecido algunas de las opciones anteriores, pero sienten que no pueden trabajar más en la empresa. Puede que sea debido a su falta de confianza o por su temor al futuro o que se aprovechen de la oportunidad de introducir un cambio con un colchón financiero que les ayude en ese sentido.

9 TUPE es el acrónimo de la legislación (TRANSFER OF UNDERTAKINGS- PROTECTION OF EMPLOYMENT- REGULATIONS 1981) protección del empleo en Gran Bretaña. En esta sección se consideran algunos detalles básicos sobre esta legislación utilizando información del folleto del Ministerio de Comercio e Industria Británico EMPLOYMENT RIGHTS ON THE TRANSFER OF ON UNDERTAKING (Derechos de empleo en la transferencia de una actividad).

- Los despidos Forzados suelen afectar al personal de otras áreas cuya carga de trabajo de soporte se ha reducido y cuyos perfiles están fuera del marco del contrato de externalización. Las bajas naturales, al no reemplazar al personal que va por otras razones, puede que sea la opción preferida. Pero, por desgracia, si el número de empleados es demasiado alto a los despidos forzados puede que sean la única opción.
- Sin cambio: Esto se aplica al personal cuyos trabajos no son parte del proyecto de externalización, pero que trabajan en el mismo departamento. No se espera que estén contentos por lo que ocurre; los demás trabajadores estarán experimentando cambios importantes y ellos se sienten tanto aliviados como incómodos con la situación. Algunos dejarán la empresa.

Lo más importante para el sector empresarial, en su actividad productiva, es considerar que el trabajador es un elemento del que se deben obtener los menores costos posibles; en efecto, el propósito indispensable de la empresa principal es la obtención de un lucro y a la vez convertirse en una empresa rentable.

2. La Empresa Outsourcing

En esta investigación a esta figura se le denominara también “Subcontratista” el cual es la persona física o moral que asume contractualmente ante un empresario principal, el compromiso de realizar determinadas obras o servicios empleando el elemento humano y sujetándose al proyecto por el que se rige su ejecución, es decir, el empresario-patrón encomienda la ejecución de parte de su ciclo productivo o de un servicio relacionado al mismo a la empresa outsourcing que, con organización autónoma y medios materiales y personales propios, se compromete a realizarlo a cambio de una compensación económica, asumiendo esta última empresa los riesgos de esa actividad empresarial con independencia

del empresario-patrón; posteriormente el encargo productivo relacionado a la contratación de trabajadores es consecuencia del contrato de outsourcing.

Esta persona es el sujeto que se encarga de realizar la actividad a externalizar, objeto del contrato outsourcing, y a la vez puede investir la categoría de patrón porque, de acuerdo con la legislación laboral mexicana, si una empresa establecida contrata trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes en beneficio de otra empresa (patrón) entonces será considerado como patrón para cumplir las obligaciones derivadas de las relaciones con los trabajadores contratados. En caso contrario, si una empresa interviene en la contratación de trabajadores y no cuenta con elementos propios suficientes, es decir su participación está limitada a la colocación de trabajadores en otras empresas que reciben el beneficio del trabajo, por lo tanto será denominada como intermediario y se verá envuelta en una responsabilidad solidaria.

Mientras que para el intermediario lo primordial es el suministro de personal para una empresa, la cual realizará las labores bajo su propia dirección y supervisión, para el sistema del outsourcing el objeto principal es la prestación de un servicio, para lo cual debe tener un personal propio, el cual realizará las labores bajo su propia dirección y supervisión

En la normatividad peruana se encuentran tres conceptos dentro del campo de la intermediación laboral¹⁰.

- A) Las Empresa de Servicios Temporales.- Son empresas cuya aportación consiste en posicionar a determinado número trabajadores en los centros de trabajo de las empresas usuarias con el fin de realizar labores bajo la dirección de éstas últimas, pero para prestaciones de naturaleza ocasional y de suplencia.

10 Ley General de Sociedades, Ley No. 26887 Perú, Lima.

- B) La Empresa de Servicios Complementarios.- Son aquellas empresas que proporcionan cierto número de trabajadores para el desarrollo de actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio de las empresas usuarias. No se establece límite para la contratación de trabajadores bajo esta modalidad.
- C) La empresa de servicios especializados brinda servicios de alta especialización en relación a la empresa usuaria que la contrata, careciendo la empresa usuaria de la facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

2.1. Participación dentro del Contrato

La participación del intermediario como la del patrón está condicionada a los objetivos de trabajo durante la gestión del contrato por lo tanto es necesario hacer hincapié a los lineamientos en los que se desarrollará el mismo:

Como el contrato es un acuerdo de voluntades mediante el cual una empresa encarga a otra la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de la actividad principal; se determinaran los alcances que en la negociación del contrato sean acordes con lo requerido y a la vez se exteriorizará las cláusulas del mismo contrato como cualquier acto jurídico¹¹.

En cuanto a los bienes materiales de la negociación es la empresa outsourcing la que indicara los bienes indispensables para hacer su labor, como se estipula en el contrato; es aquí donde se puede colocar a elección de la empresa principal, una cláusula de confidencialidad para así resguardar el secreto industrial de la

11 Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos. Art. 1793 CCF.

empresa u algún otro factor predominante de ser oculto que resulte inadecuada su divulgación. Aquí la empresa outsourcing está obligada a guardar la confidencialidad de los documentos que le fuesen confiados, así como los conocimientos e información técnica, financiera y comercial que le fuesen conferidos incluyendo la información de contacto de los clientes y los datos técnicos. Por otra parte el patrón debe brindar la asistencia técnica necesaria, dentro de lo que se incluye la información sobre la forma distribución y métodos utilizados por el personal técnico.

Con respecto a los trabajadores se deben indicar los parámetros de capacitación y las alternativas de delegar a los trabajadores de la empresa principal hacia la empresa outsourcing. Es importante tomar las medidas necesarias para evitar que alguno de los trabajadores emprenda un negocio similar al efectuado por la negociación del patrón aprovechándose del secreto primordial éxito de su empresa. En todo caso, el daño causado por el trabajador origina la responsabilidad solidaria pasiva de dicho trabajador y del intermediario frente al patrón.

Por último dentro del contrato se indicara el tipo de pago convenido por las partes al igual que los periodos de cobro cuya retribución será los productos distribuidos y los estudios de mercado.

2.2. Fin Lucrativo

Los beneficios que se obtienen con la celebración del contrato de outsourcing no son meramente jurídicos porque, al insertarse en la estructura organizativa del negocio, aquellos serán también de carácter económico. Así bien se pueden observar ciertos beneficios de este contrato:

-
- A) Especialización a un solo fin. Es el beneficio más notable del contrato de outsourcing porque, al transferirse un proyecto o una actividad productiva o

de servicios, el patrón puede dedicarse sin mayores preocupaciones a su negociación, lo cual conlleva, a su vez, a otros beneficios como mayor rentabilidad, mejor calidad en el servicio, especialización de habilidades y adquisición de nuevas tecnologías o conocimientos entre otros.

- B) Delegación de Facultades. El intermediario prestará servicios especializados para la realización de determinadas actividades, las que por ello mismo supondrán mayor rentabilidad y mejor calidad en el servicio.
- C) Transferencia de riesgo. Con la delegación, el patrón también transfiere el riesgo al intermediario, quien asumirá el costo que conllevaría la pérdida del negocio.
- D) Reducción de los costos. Los costos de la empresa cliente se reducen precisamente por la transferencia del riesgo al intermediario, al haber dejado en manos del experto aquella parte del negocio que no forma parte de su negociación.
- E) Estabilidad en el precio. El patrón ya no asume por sí mismo la elaboración del producto o la prestación del servicio, cuenta con un precio invariable, acordado en el contrato de outsourcing con el intermediario.
- F) Maximización del capital. Al reducirse los costos y estabilizarse el precio, el patrón maximiza su capital al tener la posibilidad de destinar a éste los mayores beneficios económicos obtenidos en el negocio.
- G) Diversificación. Desde la aparición del contrato de outsourcing, éste se ha diversificado por diferentes mercados y áreas.

Lo más notable del outsourcing es la reducción de los costos, por ejemplo el outsourcing farmacéutico; donde las compañías de la industria farmacéutica

continúan sus intentos para reducir costos y mejorar su eficiencia a través del outsourcing de varios procesos y servicios continuando la gestión al incrementar nuevas áreas, especialmente la administración de área de fármaco vigilancia e historias clínicas como es el contrato celebrado entre *Bristol-Myers Squibb* y *Accenture* donde el trabajo está siendo realizado en India¹².

3. Figura del Intermediario en la Legislación Nacional

De acuerdo a la Ley Federal del Trabajo en su artículo 12 se le denomina intermediario a la persona que contrata o interviene en la contratación de otras u otras para que presten sus servicios a un patrón.

La figura del intermediario se presenta revestida de una forma inusual de la tradicional dentro de las relaciones laborales donde comúnmente la existencia de esa relación se presenta con la intervención del patrón y un trabajador, el intermediario se inmiscuye en un papel donde su labor se enmarca a colaborar dentro de las facultades más elementales del patrón que es fungir dentro de la contratación del elemento humano que interviene como elemento fundamental de la negociación y que es de quien se va a tomar los cambios drásticos y más si se trata de una transformación de la empresa principal. La función del intermediario se fija en dos tareas específicas:

La primera se encamina al estudio de las propuestas de la empresa principal (patrón) para mejorar su actividad empresarial. Ese análisis enfoca una valoración de los elementos materiales, estratégicos y humanos de la empresa del patrón y así determinar los recursos que puede ofrecer y a la vez ser útiles dentro del ciclo productivo entendiendo que no todas las actividades son meramente propuestas a subcontratar debido al riesgo de vulnerar el esquema productivo de la

12 <http://www.pharmpro.com/showPR.aspx?PUBCODE=021&ACCT=0000100&issue=0706&RELTYPE =ATO&PRODCODE=0000&PRODLERR=L&commonCount=0>. 17/10/2010 21:30 hrs.

negociación que hace exitosa a la empresa del patrón. Es aquí donde la segunda tarea que es la capacitación y contratación del personal subcontratado es el punto medular de análisis de la figura del intermediario donde los sujetos capacitados son contratados bajo la realización de una actividad determinada por la empresa principal y la intermediación queda limitada a la colocación de los trabajadores en la negociación a cambio de una remuneración económica.

El intermediario no se inmiscuye en las facultades del patrón como son la supervisión y vigilancia del buen desempeño del trabajador y solo restringe su intervención en la contratación y colocación para que el patrón así fije las condiciones de trabajo dentro de su empresa.

En el Derecho Laboral la aparición del intermediario dentro de la relación obrero-patronal hace que su desempeño en este tipo de actividades lo sometan a una responsabilidad solidaria con el patrón en la medida del beneficio obtenido; esa responsabilidad solidaria implica determinar sus alcances donde es necesario remarcar el momento donde inicia la responsabilidad del patrón y después hasta cuando inicia la responsabilidad del intermediario.

El mismo artículo 15 señala que el método a considerar para el alcance de la responsabilidad solidaria, tanto para el patrón como también para el intermediario, radica en la medida del beneficio obtenido por ambos, es decir, como el patrón realizó la implementación de la contratación de trabajadores vía outsourcing y por ende es el interesado en llevar a cabo su continuidad es preciso entender que el beneficio directo es generado hacia la empresa principal lo cual produce en el patrón ser el sujeto activo participe dentro de la responsabilidad solidaria provocando después una compartida responsabilidad con el intermediario.

Por otro lado, el artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo considera al intermediario como patrón cuando realiza actividades ya sea de bajo contrato de obra o de servicios cuyos trabajadores son contratados por la misma empresa establecida pero los beneficios de esa labor son para otra. Por ejemplo en el área de la construcción este fenómeno ocurre frecuentemente cuando algún tipo de

gobierno ya sea federal, estatal o municipal contrata los servicios de alguna constructora para la realización de alguna obra y por lo tanto esta misma constructora realiza la contratación de personal, algo que el tipo de gobierno mencionado no puede hacer ya que de lo contrario resultaría costoso y con visibles deficiencias debido a que ese no es su campo de especialización, produciendo una contratación temporal o para una obra determinada. Aquí la intermediación laboral es visible cuando la empresa intermediaria contrata los servicios de personal y el desempeño del trabajador se ve mermado por la capacitación, la cual fue impartida por el mismo intermediario dentro de los lineamientos que muestran a la empresa principal (patrón) para convencerla de ser una empresa seria y capaz de realizar el trabajo con calidad y profesionalismo, por ende para evitar costos ya sea en el salario remunerador de acuerdo a la jornada laboral que es de ocho horas por lo menos, como lo señala el artículo 85 de la Ley Federal del Trabajo o en la capacitación del personal, volviendo al ejemplo en la contratación de la constructora es visible el daño producido por una mala contratación que pretendió reducir costos y cuya obra fue entregada al tipo de gobierno en una forma deficiente.

A simple vista ese daño provocado, en la mayor de las veces intencionalmente, da el margen a opinar que una mala intermediación laboral es resultado de un empresario-patrón que solicitó la intervención del intermediario o contratista ineficiente¹³.

4. El Trabajador

El trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Ese trabajo contempla toda actividad humana, intelectual o

13 Todo trabajador tiene derecho a que su patrón le proporcione capacitación o adiestramiento en su trabajo que le permita elevar su nivel de vida y productividad, conforme a los planes y programas formulados, de común acuerdo, por el patrón y el sindicato lo sus trabajadores y aprobados por la Secretaria de Trabajo y Previsión Social. Art. 153-A LFT

material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio¹⁴.

La existencia de las desigualdades laborales se contempla en las condiciones laborales por las cuales fue pactada la relación contractual entre los trabajadores y el patrón. Esa inequidad bajo el rubro del outsourcing se presenta cuando las prestaciones pretendidas por los mismos trabajadores se ven disminuidas, recordando que es a través del detrimento de los sujetos prestadores de servicios de quienes se pretende obtener la disminución de los costos e impulsar la negociación del patrón, es aquí donde se hace la distinción entre los trabajadores contratados bajo el panorama de la subcontratación y de aquellos trabajadores quienes prestan sus servicios en condiciones fuera del outsourcing en donde perciben un salario íntegro y suficiente capaz de satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural¹⁵ entendiendo como salario íntegro como cualquier cantidad recibida por el trabajo prestado¹⁵.

Aunque los trabajadores no formen parte del acuerdo de outsourcing (celebrado entre el patrón y el intermediario), ven condicionada la prestación de sus servicios, en los hechos, por los alcances del mismo. Asimismo el patrón se beneficia en último término de la prestación del trabajador.

4.1. Vulnerabilidad

La subcontratación contemplada desde una perspectiva exclusivamente laboral se utiliza como estrategia de flexibilidad en tanto permiten sin dificultades incrementar o disminuir el volumen de empleo conforme a las variaciones de la demanda de producción, hacer frente a la incertidumbre implícita en toda actividad

14 Art. 8 LFT. Se entiende por trabajador.

15 Art. 90 LFT. Salario Mínimo cantidad menor que debe de recibir el trabajador por los servicios prestados.

empresarial, más aún en un marco globalizado y de crisis de beneficios como el presente, e incluso ocasionalmente al reducir los costos salariales. El legislador social al margen de las relaciones jurídicas entre el empresario principal y el contratista que se rigen por el derecho civil, mercantil o administrativo, viene obligado a eliminar o reducir las consecuencias negativas para los trabajadores de las empresas contratistas vinculadas por aquellas singulares relaciones contractuales cuando cualquiera de ellas incumpla las obligaciones impuestas por el ordenamiento laboral y de seguridad social o bien devenga en insolvencia.

Tomando como punto de partida el marco legal existente para instrumentar las relaciones entre la empresa principal y la empresa contratista, cuando la primera opte por derivar parte o partes de su actividad productiva a otras empresas, sobre la base de la implementación del sistema outsourcing, no resulta admisible que esos mecanismos puedan servir para vulnerar derechos de los trabajadores.

Los métodos utilizados por las empresas que utilizan nuevas estrategias para mantenerse en una dura competitividad empresarial los obligan a vulnerar el crecimiento de los trabajadores sin otras alternativas que mantenerse dentro del trabajo subcontratado en vías de algún tipo de cambio o bien catalogándolo como temporal al tener la imposibilidad de aspirar a nuevas fuentes de empleo y bajo un esquema de indefensión porque dentro de las labores dentro de las empresas, que en su mayoría guardan un ambiente laboral precario, se agudiza la situación del trabajador mexicano porque no hay aumento de sueldo, no cuentan con fondo de ahorro para el retiro; el pago de aguinaldo y de reparto de utilidades es nulo, o en el peor de los casos, pobre, y no existen vacaciones. Es decir como un trabajador, que labora bajo las condiciones económicas de un país con problemas de crecimiento, inseguridad y múltiples obstáculos burocráticos, podrá hacer frente a la realidad económica, contemplando que bajo su resguardo es el principal cabeza de familia, si no se le otorgan las medidas de crecimiento laboral.

De ahí que las normas de trabajo sobre la subcontratación de obras y servicios tenga como finalidad, más que articular un régimen completo y cerrado, arbitrar un

sistema de responsabilidades de distinta naturaleza y carácter, preservando la integridad de los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores de las empresas contratistas.

V. El Outsourcing en el Ámbito de la Administración Pública

La crisis del Estado Social y del compromiso Keynesiano en que dicho modelo se asentaba ha desencadenado una acelerado dinámica privatizadora y de flexibilización en el ámbito público. Una de sus principales consecuencias ha sido la implementación de la gestión del outsourcing en los servicios públicos llevada a cabo por las diversas administraciones a través, de dos vías: por un lado, mediante la creación de nuevas personas jurídicas, de derecho público o privado, vinculadas jurídica y económicamente a la propia administración, lo que constituye una expresión del outsourcing interno dada la relación de dichas entidades con la administración pública del país; por otro, mediante el recurso a la contratación o concesión de los servicios públicos con empresarios privados, quienes, tras un proceso reglamentado pero abierto a la competencia, asumen la gestión indirecta de los mismos bajo control de la administración comitente, titular del servicio y responsable último de su correcta prestación. La desconfianza en la capacidad del sector público para la producción eficiente de bienes y servicios característica del liberalismo se ha traducido, por lo que a la segunda de las vías respecta, en un considerable aumento de la contratación tendiente a su provisión privada. El estado gestor, fundamentalmente administrativo, está siendo sustituido progresivamente por el estado contratante, en la creencia de que la administración en la prestación de los servicios públicos, la competitividad para lograr su adjudicación y la eficacia privada reducen costos económicos sin afectar a la calidad y eficiencia que los ciudadanos demandan.

La subcontratación de la gestión de los servicios públicos a través de entidades empresariales autónomas es un recurso organizativo de las administraciones publicas perfectamente legitimadas, en cuanto es asimilable al derecho que asiste

a los empresarios privados de acometer su actividad con recursos propios o contratarla con empresas contratistas, desplazando al exterior cuantas tareas productivas puedan ser desarrolladas eficazmente por aquellas. Las administraciones pueden contratar libremente con particulares la gestión de los servicios de su competencia, pero no todos los servicios públicos tienen contenido económico ni son susceptibles de ser subcontratados. En ningún caso debe presentarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

Mediante la contratación de servicios públicos, las administraciones consiguen disminuir riesgos y personal, trasladándolos a la empresa adjudicataria lo que permite concentrar sus recursos en la organización y gestión de otras actividades más difícilmente subcontratables. El deber de la eficacia de la administración determina la consecución de una mayor flexibilidad tanto en el uso de la mano de obra como de la financiación. Ello impulsa al outsourcing, sobre todo en aquellos ámbitos, como la construcción y el mantenimiento de obras e instalaciones públicas, en los que la complejidad técnica y su elevado costo requieren el concurso de entidades particulares especializadas, a las que a cambio de un desembolso económico se ceden, incluso, los derechos de explotación de la obra realizada.

En la actualidad, el régimen jurídico de la subcontratación administrativa hace posible determinar a las personas jurídicas sometidas a su ámbito de aplicación, los requisitos de los contratistas, el objeto, los tipos y las condiciones de los contratos y las reglas relativas a su preparación y adjudicación.

1. El Contrato Administrativo

Los contratos de las administraciones públicas, de los organismos autónomos y de las restantes entidades de derecho público pueden tener el carácter administrativo o carácter privado. Son contratos administrativos nominados

aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras públicas, la gestión interesada, la concesión de obras públicas y la provisión de suministros, asesoría y asistencia, realización de servicios complementarios de carácter técnico o industrial y de trabajos específicos y concretos no habituales de la administración. Son contratos distintos a los nominados aquellos que resulten vinculados al giro o tráfico específico de la administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia. Los restantes contratos celebrados por las administraciones públicas tendrán la consideración de contratos privados, en particular, los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables.

La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración no remite a regímenes jurídicos irreductiblemente diferentes, sino en parte próximos. Los contratos privados de la administración han de regirse en sus efectos y extinción por normas de derecho privado, pero su preparación y adjudicación se ajustarán, en defecto de normas administrativas específicas.

Las entidades de derecho público también quedan sujetas a sus prescripciones sobre capacidad de las empresas para contratar y actividades relacionadas con la publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, cuando celebren contratos de obra, de consultoría y asistencia y de servicios relacionados con los primeros siempre que su financiación proceda con las transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las administraciones públicas.

La celebración del contrato outsourcing por el contratista y el titular de la administración pública se mide respecto a los límites porcentuales referidos al importe de adjudicación que garantizan la prestación objeto del contrato y el compromiso de abonar al contratista un precio pactado en los plazos y condiciones aceptadas de acuerdo a las relaciones existentes con la administración pública. Pese a implicar una pluralidad de empresas en la

ejecución del contrato, los subcontratistas sólo quedan obligados con el contratista, siendo este último quien asume plenamente la responsabilidad frente a la administración con arreglo a los pliegos de cláusulas administrativas y a los términos del contrato outsourcing.

La administración puede gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia cuyo contenido económico los haga susceptibles de explotación por empresarios privados. La gestión de un servicio público puede encomendarse a una entidad de derecho público de carácter industrial o mercantil y a una sociedad mercantil de capital público mayoritario o exclusivo. Para cada actividad propia de la administración pública interviene distintos contratos para su implementación tales como:

- El contrato administrativo de obras donde el contratista se compromete a la construcción de bienes inmuebles destinados a satisfacer la necesidad o el interés general, o bien a la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo o a la reforma, reparación, conservación o demolición de las obras citadas por cuenta de la administración a cambio del precio convenido. En cuanto a la modulación administrativa del arrendamiento civil de obras, este contrato puede reconducirse sin dificultad al esquema causal de la *locatio operis*, expresado en el principio del riesgo.
- Para ejecutar y mantener obras públicas por su naturaleza y características susceptibles de explotación se encuentra el contrato de concesión de obras públicas cuya peculiaridad reside en que la contraprestación que el adjudicatario obtiene por la construcción y la conservación de la obra pública, o sólo por su conservación, no consiste en un precio alzado, sino en el derecho de explotarla durante un cierto tiempo. La ejecución y la explotación de las obras objeto de la concesión han de efectuarse a riesgo del concesionario, quien no obstante asume los riesgos económicos en proporción sustancial con la inversión realizada.

- Las obras públicas también pueden ser ejecutadas por los servicios de la propia administración, utilizando para ello sus medios personales y reales o recurriendo a la colaboración de empresarios particulares. En este último caso la colaboración se articula mediante un contrato administrativo en el que el adjudicatario se compromete a una actividad y no a un resultado. Como negocio jurídico está próximo al arrendamiento de servicios (*locario operatum*), aunque en forma de grupos o equipos que el colaborador ofrece, es la administración que asume el riesgo por lo que también puede ser causa de imputación de responsabilidades.
- El contrato administrativo de suministro engloba distintas modalidades contractuales de finalidad instrumental referidas siempre a bienes muebles, tales como productos, maquinaria, equipos e incluso servicios auxiliares que la administración precisa para el desempeño de sus funciones. Bajo esta denominación contractual suelen predominar las obligaciones de dar sobre las de hacer, por lo que poca relación guarda con la contratación de obras y servicios. Si el contratista se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario, estando subordinadas las entregas a las necesidades de la administración, el contrato se asemeja a la compraventa. Sólo si el objeto negocial consiste en la adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas informáticos y el empresario asume la obligación de su mantenimiento o si versa sobre la fabricación de cosas con arreglo a características peculiares previamente fijadas por la administración. Pero en última instancia, al prevalecer la obligación de hacer sobre la de dar, el negocio se rige específicamente por las normas del contrato de obras, al menos formalmente, no se estaría ante un verdadero contrato de suministro.
- Los contratos administrativos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la administración reviste escasa incidencia en el sistema outsourcing en el ámbito público. Estos

contratos exigen prestaciones en las que predomina la aportación intelectual en la elaboración de informes, estudios, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, investigación, asesoramiento para la gestión administrativa y formación del personal de la administración pública. El contrato de servicios, por su parte, persigue prestaciones de carácter preferentemente manual, tales como servicios técnicos, industriales o comerciales no comprendidos en el objeto del contrato de consultoría y asistencia, servicios complementarios para el funcionamiento de la administración, de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones. El contrato de trabajos específicos y concretos no habituales de la administración son la vía residual idónea para solicitar la elaboración de informes y estudios a personas de solvencia académica, profesional o técnica.

VI. Ilegalidad Proporcional del Outsourcing

El principal problema se ubica al tolerar, dentro de la legislación mexicana, que estas prácticas empresariales se conviertan en un mecanismo válido dentro de la legislación laboral y por lo tanto viable en mantenerse presente dentro de los esquemas de contratación laboral en el país provocando la restricción del trabajo remunerador de un salario digno y suficiente para sostener las necesidades del trabajador y de su familia.

Esa ilegalidad corresponde al no señalar los alcances de la responsabilidad solidaria del momento en que el patrón o el intermediario habrán de interactuar en caso de incumplimiento de alguno de ellos dentro de la contratación laboral.

Esto ocasiona vicios en las empresas outsourcing de crear relaciones laborales con fines de defraudar a los trabajadores en la medida en que cambian la denominación de la empresa contratante o bien la hacen llegar a la quiebra para así no responder de las obligaciones con los empleados contratados.

Ahora bien, en el ámbito empresarial es una figura ideal para el empresario con mucho éxito en el mundo pero en la medida de si su regulación es flexible en el tipo de ordenamiento jurídico lo que conlleva en afirmar su permisibilidad del fenómeno outsourcing si así es admitido considerando sus prestaciones disminuidas por la ley de la materia que tolera su implementación dentro del ámbito empresarial.

Ante el amparo de la libertad de empresa las practicas de colaboración entre las mismas, en las que no hay limitación sobre el tipo de actividad a subcontratar, generan un riesgo de confusión de identidades entre las empresas implicadas, ensombreciendo la figura del verdadero empleador. El recurso frecuente a la subcontratación dificulta los alcances de la responsabilidad del empresario ante las obligaciones conferidas con los trabajadores. En todo caso, no cabe ignorar que el empleador que responde al perfil de empresario principal es el que aparece como destinatario final de la utilidad patrimonial y el que obtiene simultáneamente el beneficio económico de la prestación laboral de los trabajadores de la empresa o empresas contratistas, razón que justifica la extensión de responsabilidades más allá del empresario contratante de los trabajadores.

La subcontratación en el sector privado da lugar a la existencia de relaciones jurídicas mercantiles y civiles entre empresas que pueden menoscabar la estabilidad y las garantías laborales de los trabajadores implicados. El derecho del trabajo no puede desentenderse de las eventuales consecuencias ilícitas y lesivas del sistema outsourcing, por lo que ha ideado un régimen consistente en la extensión de responsabilidades por las obligaciones contraídas por el contratista que se extiende a todos los empresarios que contraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a su propia actividad.

CAPITULO 2

EXTERNALIZACION DE ACTIVIDADES Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: SUBCONTRATACIÓN, CONTRATOS TEMPORALES, DESPIDOS POR CAUSAS ECONÓMICAS Y CESIÓN ILEGAL DE LA SUBCONTRATACIÓN

Una de las circunstancias principales que atraviesa el sujeto prestador del servicio u obra determinada dentro de su relación laboral es la transición de todo el aparato productivo empresarial al esquema de subcontrataciones cuando la *outsourcing* se inmiscuye al análisis conciso de la mano de obra preferentemente temporal para dar paso a una nueva gama de contratación cuya misión principal es la de mantener por debajo los límites salariales.

I. Contratación Temporal y Outsourcing

La contratación de los trabajadores por parte de la empresa outsourcing supone para ésta la necesidad de adoptar decisiones respecto al personal que se venía ocupando de las labores que se externalizan y sobre la forma de obtener el trabajo necesario para atenderlas. Tales decisiones tienen trascendencia jurídico-laboral tanto en la conservación y modificación de derechos de los trabajadores de la empresa outsourcing, como sobre los derechos de los trabajadores de las empresas contratantes, en cuyos convenios laborales se proyecta el carácter temporal del negocio jurídico que instrumenta la subcontratación. Ambos supuestos ponen de manifiesto las limitaciones de una normativa inspirada sobre la base de un modelo de empresa y de relaciones laborales superado por las nuevas formas de gestión empresarial, es decir un nuevo sistema outsourcing, poniendo a prueba la capacidad de adaptación de la normativa laboral a las nuevas situaciones de contratación mediante la creación de un marco jurídico adecuado que module los intereses concurrentes sin renunciar a los principios inspiradores del Derecho del Trabajo.

1. Proyección del Outsourcing sobre la Duración del Contrato

Una de las condiciones laborales a la que se ve sometido el trabajador es el factor tiempo en el que su labor se ve limitada, de acuerdo a la estipulación expresa en el contrato de trabajo por parte de la empresa contratista provocando una reanudación del mismo, independientemente de la temporalidad especificada, dando como resultado cierta estabilidad de la labor del trabajador como consecuencia de la continuidad de aquel.

Razones de productividad, competitividad, organización, e incluso de motivación, llevan a que el patrón, dentro de su empresa, esté lógicamente interesado en establecer vínculos temporales de colaboración con la empresa outsourcing. La duración, limitada en el tiempo, de los encargos recibidos provoca que, a su vez, las empresas bajo el sistema de la subcontratación sean instruidas a vincularse temporalmente con los trabajadores destinados a la ejecución de los contratos y subcontratos hasta que coincida alguna causa cesante de la relación laboral. En este punto es, precisamente, donde se plantea uno de los debates más interesante, tanto desde el punto de vista práctico como dogmático, en relación con los sistemas de la subcontratación, que no es otro que la posibilidad para la empresa outsourcing de celebrar contratos temporales, concretamente, de obra o servicio determinado y posiblemente vinculados a la duración del contrato civil, mercantil o administrativo, de modo que se establezca una relación con esta categoría de contratos y la de los contratos de trabajo para la ejecución de los contratos de obra y servicios¹⁶.

16 RIVERO LAMAS, J. La Descentralización Productiva y las Nuevas Formas Organizativas del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, España. Año 2000. Pág. 21. “Los economistas ponen de manifiesto que una de las ventajas del *outsourcing* es que convierte en gastos variables partidas inicialmente correspondientes a gastos fijos en la actividad empresarial. El *outsourcing* obedece a motivos muy diversos, tanto de eficiencia como de mejora de calidad de los productos o servicios, pero también a veces, está al servicio de otros más perversos de exteriorización del empleo o de segmentación del mercado de trabajo.”

El requisito de la duración del contrato de trabajo establecido por la empresa outsourcing amplía las limitantes de decidir sobre la continuidad del trabajador basándose, por un lado, en los resultados y desempeño dentro de la empresa principal, y por otro sentido, en los beneficios presentados a través de la antigüedad del trabajador, tomando en cuenta que su trabajo persiste en la medida en que se agota la materia origen del trabajo.

2. Extensión del Contrato para Obra o Servicios

Tal como lo estipula el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo las relaciones de trabajo sólo pueden ser para una obra o tiempo determinado, si así lo exige la naturaleza del trabajo a desarrollar, o por tiempo indeterminado. Lo anterior debe relacionarse en lo que se estipula en el contrato de trabajo por la empresa outsourcing; en aquel, deberá establecerse su duración y a falta de estipulación expresa se realizará el trabajo de forma indeterminada.

Tanto el contrato de trabajo de obra o servicio determinado como los demás supuestos posibles de contratación temporal, se prevén como excepción a la contratación indefinida sobre la base del principio de causalidad, de modo que su válida celebración no depende de la voluntad de las partes sino de la efectiva concurrencia de la causa objetiva específicamente prevista en la Ley. Ahora bien, tal circunstancia no significa que el contrato temporal por obra o servicio determinado solo pueda emplearse en casos extremos o excepcionales; de hecho existen muchas empresas que nacen para llevar a cabo obras o actividades de duración temporal como sería el caso de las empresas que, en los distintos sectores, se dedican a la prestación de servicios a través de contratos o concesiones.

Pues bien, las empresas pueden hacer frente a tales obras o actividades de carácter temporal con los trabajadores contratados por tiempo indefinido, o con trabajadores contratados para cada una de dichas actividades, con la condición de

que las contrataciones temporales se ajusten al objeto de la modalidad contractual. En concreto, en el contrato de obra o servicio determinado para la que se contrata al trabajador que, de acuerdo al artículo 37 de la Ley Federal del Trabajo, realizará una actividad determinada cuando así lo exija la naturaleza del trabajo; esa relación se mantiene firme dependiendo la materia del trabajo el cual podrá prorrogarse, hasta por un año, acorde al objeto sustancial del trabajo encomendado.

La actividad contratada puede, o no, coincidir con el trabajo normal o principal de la empresa; pero, dado el carácter temporal del contrato, no puede tratarse de una labor permanente, en el sentido de que pertenece de modo constante al ciclo productivo de la empresa, y en cualquier caso debe ser aislable y tener autonomía y sustantividad propia. Pero estas características, no tienen porque hacer referencia determinado número de actividades nuevas o excepcionales para la empresa así puede tratarse de actividades pertenecientes al ciclo productivo normal, pero que por su contenido económico, duración, intensidad o número de trabajadores destinados a su ejecución, merezcan la calificación de autónomas.

En cualquier caso, parece que la autonomía y sustantividad propias de la obra o servicio determinado debe ser objetable, sin que pueda quedar al arbitrio de las partes, porque, de otra manera, no podría constituirse la obra determinada en objeto de una contratación causal.

En esta modalidad contractual es esencial la temporalidad de la ejecución de la obra o servicio objeto del contrato. La ejecución debe ser limitada en tiempo, aunque su duración sea incierta; ésta se establece por referencia a la ejecución de la propia obra o servicio, de este modo, la ejecución de la obra o servicio se traslada al contrato de trabajo celebrado con tal causa, que estará sujeto a un momento o tiempo futuro –el de la finalización de la obra o servicio- que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuando.

Se trata entonces de un contrato sometido a término resolutorio aunque a priori puede desconocerse el momento exacto de su finalización¹⁷.

Puede decirse que es un contrato sometido a un término incierto¹⁸ –*certus an, incertus quando*–, pues se presume que el término ha de llegar con seguridad –salvo supuestos de fuerza mayor o *factus principis*¹⁹ –de ahí que la eventual referencia en el contrato a un periodo temporal determinado tenga el carácter de simple regularización optativa del empresario.

La limitación temporal del contrato para la obra o servicio determinado puede ser entendida desde una doble perspectiva: bien en sentido estricto, como temporalidad intrínseca a la actividad en si misma considerada, o bien, en sentido amplio, desde el punto de vista de la necesidad temporal de mano de obra para la empresa que contrata, es decir la empresa outsourcing. Ésta es, sin duda, una de las cuestiones claves al momento de valorar la posibilidad de celebrar contratos temporales para obra o servicio determinado de duración vinculada a la de la propia contratación, y sobre la que no parece existir unanimidad en la doctrina.

Una visión estricta impediría el recurso a la contratación temporal para la cobertura de actividades o servicios que no se agotan en su propia realización; mientras que desde un punto de vista amplio, sería posible tal contratación también cuando la temporalidad de la obra o servicio –que conlleva la necesidad de mano de obra para la empresa- dependa de circunstancias exteriores a la propia actividad objetivamente considerada, como puede ser la terminación de

17 VICENTE PALACIO, M. A., El Contrato de Trabajo para Obra o Servicio Determinado, Edit. Tirant Lo Blanch. Valencia, España. Pág. 175, Año 1999 cit. “La finalización de la modalidad contractual puede hacerse utilizando un término o una condición resolutoria.”

18 OLARTE ESCABO. S. Los Contratos Temporales Estructurales, Edit. Comares, Granada, 2000, Pág. 29. Se considera que lo realmente determinado son la obra o servicio objeto del contrato y no la duración de su ejecución, que por definición es incierta.

19 La terminación de la obra o servicio, que constituye el objeto del contrato es algo que depende directamente de la actuación del empresario y de los trabajadores; no necesariamente de terceros, ni es algo necesariamente incierto.

fondos públicos destinados a una concreta finalidad, la resolución de una concesión administrativa, o la terminación de una contratación de ejecución de obras o servicios, por mencionar algunos.

3. Vinculación del Trabajo a la duración del Contrato

La posibilidad de que la outsourcing celebre contratos para obra o servicio determinado vinculados a la duración del contrato es analizado necesariamente con la verificación de la materia del trabajo objeto de la relación laboral, hasta que la misma persista o se agote.

La autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa no plantea problemas específicos en el caso de la contratación en el marco del outsourcing; parece fuera de toda duda que para la empresa subcontratista cada uno de los contratos que pueda celebrarse con una o más empresas, principalmente, son susceptibles de individualización respecto del resto de las actividades de la empresa. La cuestión más compleja se presenta en relación con la necesaria temporalidad de la obra o servicio que constituye el objeto del contrato, desde el momento en que es posible que una actividad o servicio que en principio tiene una duración permanente en el tiempo se externalice y pase a realizarse por otra u otras empresas mediante la utilización de contratos que tengan un tiempo de ejecución determinado.

Ciertamente, no plantea problemas particulares la eventual externalización por la empresa principal de una obra o servicio concreto y determinado de duración limitada en el tiempo; en estos casos, el recurso a la contratación temporal sería perfectamente legítimo tanto para el patrón –si optara por la realización directa de la misma- como para la outsourcing. La cuestión se plantea cuando se externaliza la gestión de actividades o servicios –como la limpieza, el mantenimiento o la seguridad- que responden a necesidades permanentes de la empresa principal, pero cuya ejecución tiene carácter temporal para la empresa contratista en virtud de las condiciones en que se ha pactado su realización. En estos casos puede

admitirse una limitación temporal de la actividad o servicio objeto de la contratación, no por su propia naturaleza sino por el carácter formal, por la existencia de un negocio jurídico entre empresas, así la contratación conlleva a la creación de una actividad que es permanente desde un punto de vista material. Conviene, por tanto, distinguir entre temporalidad del propio contrato y la de la obra o servicio que tiene por objeto y que en ocasiones puede no ser tal.

Es necesaria la existencia de una actividad dotada de una limitación temporal intrínseca donde exista la posibilidad de contratar por obra o servicio en concreto cuando la pretendida temporalidad no se funde en la naturaleza misma de una actividad sino en factores externos, como su gestión a través de formulas de outsourcing.

Lo importante no es tanto que la actividad sea en sí misma, temporal, como el hecho de que el empresario contratista tenga que atender una necesidad objetivamente acreditada de contratar, se admite la celebración de contratos para obra o servicio determinado cuyo objeto sea la realización de actividades contratadas con un tercero por tiempo determinado, extendiéndose su duración por el tiempo que abarca el contrato, y ello, aunque no esté expresamente previsto en el contrato.

No se está ante un contrato de obra o servicio determinado en sentido estricto porque no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada, ni tampoco un servicio que concluya con su total realización, sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada y objetivamente definida para la empresa, que es conocida por las partes en el momento de contratar y que opera como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga no debe verse alterada por el hecho de que el servicio contratado con la empresa auxiliar pueda responder a una exigencia permanente de la empresa principal.

Ahora bien, la contratación cuya duración es determinada por el tiempo de vida de la relación laboral, no siempre declara abiertamente la utilización regular de la modalidad contractual de obra o servicio determinado por la sola existencia del contrato; aquí el artículo 53 fracción III de la Ley Federal del Trabajo da la pauta a las partes de someter la eficacia del contrato a un término resolutorio y así extinguir la relación de trabajo. En estos casos se hace depender la eficacia del contrato en un hecho futuro, lo propio del término resolutorio es la certeza del acontecimiento que está por venir, pudiendo ser cierto o incierto el instante preciso en que se produzca, mientras que la condición resolutoria supone la incertidumbre sobre el propio acaecimiento del hecho en el futuro.

Al señalarse el mutuo consentimiento de las partes como una causa de terminación de las relaciones de trabajo, estipulada en el artículo 53 fracción I, permite establecer condiciones resolutorias las cuales, de acuerdo a la libertad de contratación, queda al arbitrio de las partes, en donde la empresa outsourcing sólo impone y el trabajador acepta. En los contratos sujetos a condición resolutoria no se está propiamente ante un contrato temporal, sino en presencia de un contrato inicialmente indefinido cuya eficacia puede resolverse si se verifica la condición. Por tanto al establecer una condición resolutoria, las partes no estarían sujetas a los supuestos de contratación temporal, sino al mencionado albedrío del patrón, no obstante el carácter temporal de la contratación parece alejar estos casos de la figura de la condición resolutoria.

Si bien es cierto que existe una necesidad temporalmente limitada de mano de obra para la empresa outsourcing, tal necesidad subjetiva no constituye abiertamente el objeto del contrato de obra o servicio concreto, donde el artículo 35 de la Ley Federal del Trabajo pretende describir en términos objetivos cuando se refiere a la realización de obras o servicios cuya ejecución aunque limitada en el tiempo sea en principio de duración incierta. Sin embargo, parece que el precepto legal al referir la duración del contrato de duración de obra o servicio podría amparar tal flexibilización del objeto, de modo que la utilización de esta modalidad contractual para la ejecución de un contrato a través de la cual se

externalizan actividades de carácter permanente para la empresa principal, no se consideraría una utilización irregular de aquella figura, porque desde el punto de vista de la empresa contratista –que es quien al final asume la posición empresarial en el contrato- el trabajo a realizar tiene carácter temporal. Por otra parte, atender de modo exclusivo al carácter permanente de la actividad desde la perspectiva de la empresa principal para negar la posibilidad de celebrar contratos temporales por la empresa contratista supondría, en el fondo, negar el hecho mismo de la subcontratación que no deja de ser una opción legítima para el empresario principal en ejercicio de la libertad de empresa.

Un argumento frecuentemente manifestado en contra de la posibilidad de suscribir contratos temporales para la obra o servicio determinado vinculados a la duración de la contratación, radica en que tal forma de proceder implicaría una traslación al trabajador del riesgo empresarial ya que las empresas dedicadas a la prestación de servicios en régimen de contratación deben operar en un mercado en donde la incertidumbre se proyecta sobre la existencia de futuras contrataciones y sobre la propia continuidad de las vigentes, lo que constituye un particular riesgo que deben asumir.

Es el empresario outsourcing quien debería correr, en estos casos, con el riesgo que supone la contratación indefinida de los trabajadores siempre, claro está, cuando se trate de la ejecución de actividades de carácter permanente de la empresa del patrón y que califiquen de imprescindible la labor del trabajador en el ciclo productivo de la empresa sin considerar su movilidad a otro ambiente laboral de modo que al finalizar la contratación sin renovación, el contratista cesante que no puede recolocar a los trabajadores en otros ambientes laborales debería poner fin al contrato de trabajo bien por la vía de la terminación de las relaciones de trabajo a que se refiere el artículo 433 de la Ley Federal del Trabajo, bajo el rubro de la reducción de trabajos, en donde a simple vista se realizará un reajuste con los trabajadores de menor antigüedad, como así lo estipula el artículo 437 del mismo ordenamiento jurídico del trabajo, bajo la premisa contractual sobre lo estipulado en el convenio que da origen a la relación de trabajo para resolver este

tipo de circunstancias donde a falta de convenio expreso la ley otorga la posibilidad de indemnizar al trabajador a un equivalente de cuatro meses de salario más veinte días por cada año de servicios prestados o la cantidad estipulada en los contratos de trabajo si fuese mayor y también al pago de una prima de antigüedad.

Es necesario considerar el riesgo tomado en cuenta por el empresario, que consiste en la asunción de los resultados económicos favorables o desfavorables de la explotación, con la repercusión del carácter temporalmente limitado de una concreta actividad sobre la duración del contrato de trabajo. No existiría en estos casos un riesgo, sino más bien una certidumbre –la finalización de la contratación– que las partes han previsto, evitando que la empresa outsourcing se encuentre sobredimensionada sobre los trabajadores excedentes ante una eventual pérdida de la contratación. No cabría pensar que existe en estos casos un injustificado trato desigual entre las empresas contratistas y el resto de empresarios –al permitirse a las primeras la contratación temporal para actividades en las que estaría vedado en caso de ejecución directa por la empresa principal– porque para que exista tal desigualdad es necesaria la identidad entre los supuestos de hecho considerados. Tal situación no se daría en estos casos, si se tiene en cuenta que en la prestación de servicios por la empresa outsourcing concurre una peculiar circunstancia de limitación temporal que no se da en otros empresarios.

II. Externalización y Cese de los Efectos de la Relación Laboral por Causas Empresariales

Hasta el momento se ha analizado la proyección de la subcontratación de obras y servicios determinados sobre la duración de los contratos de trabajo desde la perspectiva de la empresa contratista (outsourcing). Corresponde, ahora, abordar la cuestión desde el punto de vista de la empresa principal, para considerar en qué medida sus trabajadores pueden ver extinguidas sus relaciones laborales como consecuencia del outsourcing. Se trata, en definitiva, de analizar la conexión

existente entre la subcontratación y el despido del trabajador por causas denominadas empresariales.

1. La Externalización Productiva como Causa de Extinción de la Relación de Trabajo

El outsourcing supone trasladar hacia entidades empresariales autónomas o independientes funciones o actividades del ciclo productivo hasta ese momento desarrollado por la empresa, lo que ocasiona desajustes entre el volumen de actividad y la fuerza de trabajo disponible, de modo que el empresario tenga que prescindir de los trabajadores cuyas funciones son ahora desempeñadas por una nueva empresa. El cese de los efectos de los contratos de trabajo suelen constituir una pauta para interrumpir las relaciones laborales considerando que la materia origen del trabajo sigue en pie a la espera de ser realizada por un nuevo trabajador involucrando de esta forma una movilidad un tanto desventajosa convirtiéndose en un instrumento para efectuar reducciones de personal. Sin embargo, esta interrelación entre la subcontratación y la extinción del contrato de trabajo, no implica que todo proceso de externalización conlleve necesariamente a la terminación de la relación laboral de aquellos trabajadores de la empresa cuyas funciones han sido externalizadas.

La extinción de la relación de trabajo se hace latente cuando la externalización propone una intervención de un tercero en la relación laboral provocando cambios en las mismas condiciones laborales a través de dos momentos:

- A. Cuando la empresa principal opta por externalizar su labor productiva y por lo tanto afecta al personal de trabajo produciendo una alteración en la relación laboral al constituirse como trabajador de la outsourcing y trabajar dentro de la misma empresa.
- B. Cuando el contratista decide contratar al trabajador cuya labor será desempeñada ante distintas empresas del patrón o mas patrones con los que

exista un nexo entre el contratista y por lo tanto si se alude a la responsabilidad solidaria que guarda cada uno de ellos con el trabajador entonces en cada cambio o aparición de un patrón la relación laboral se modifica cada vez que existe un patrón.

Al momento de valorar si la contratación o subcontratación con terceras empresas de todo o parte del ciclo productivo puede considerarse justificación suficiente para prescindir de los trabajadores ya existentes y con determinada antigüedad los cuales serán sometidos a una nueva relación laboral bajo los parámetros de la outsourcing, el problema jurídico de fondo reside, en realidad, en la colisión entre dos valores cuyo equilibrio está en la base del propio Derecho del Trabajo y que son: el derecho del empresario de organizarse libremente y el derecho de los trabajadores a su propio trabajo, concretado en la conservación de la relación laboral.

2. Cese de los Efectos de la Relación Laboral por Causas Empresariales: Causas de Extinción

Los efectos de la relación laboral se ven vulnerados ante la existencia de circunstancias, por un lado, que sean consideradas por el patrón como motivos firmes para rescindir la relación laboral, por otro lado, ante circunstancias provenientes de la responsabilidad imputable del patrón, y por ultimo cuando subsistan causas determinantes que impidan la consecución del trabajo y la sana marcha del proceso productivo de la empresa.

La rescisión del contrato de trabajo sin responsabilidad para el patrón afecta a la relación laboral en la medida en que se plantean determinadas circunstancias consideradas por el patrón como un impedimento para el trabajador en su proceder laboral quebrantando de esta forma la continuidad de la relación obrero-patronal. Este tipo de faltas que impiden dicha subsistencia tienen el carácter de ser faltas provocadas por el mal proceder del trabajador dentro o fuera de su

unidad de trabajo causando una ineficiencia ante la empresa donde se realiza la labor, por lo tanto el patrón puede disolver la relación laboral a través del despido del trabajador infractor del buen proceder de la empresa.

La relación laboral, por otro lado, se ve interrumpida si se presentan distintas causas propias del patrón, hállese de un mal actuar o la imprudencia misma, que se manifiesten en el sano proceder del trabajador, en su tarea encomendada, limitando así la continuidad de la relación laboral si se está ante un constante peligro vulnerador de las condiciones laborales concretadas en el contrato de trabajo dando como resultado el cese del vínculo laboral.

Por último, pueden presentarse factores que den por terminada a la relación de trabajo sin responsabilidad alguna para el patrón o trabajador; son causas que además de afectar a las partes también se ven involucrados tanto terceros como también a la misma negociación. Este tipo de causas pueden originarse tanto del propio acaecimiento del trabajador como también del concurso o quiebra de la empresa agotando de esta forma la materia objeto del trabajo.

El cese de la relación laboral, cuando se presentan causas de carácter empresarial, se fundamenta en la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo; así, mientras las causas se vinculan a la superación de una situación económica negativa de la empresa, el resto tienen que ver con la superación de dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

III. Outsourcing y Transferencia Laboral: Delimitación y Responsabilidades Empresariales por la Transferencia de los Trabajadores

El trabajador subcontratado por la empresa contratista para laborar en las instalaciones de la empresa comitente tiende a laborar en dos o más empresas de

más de un empresario, quien se limita a las contraprestaciones emanadas del contrato *outsourcing*, sin mediar relación alguna con el propio trabajador. Esto a simple vista parece ser que el patrón pretende desvincularse para no formar parte de la relación laboral sin considerar que la solidaridad se presenta aun cuando el patrón delega sus facultades de dirección y supervisión al empresario contratista.

1. Marco Económico-Jurídico del Outsourcing y La transferencia de los Trabajadores

La búsqueda de formulas de organización que permitan una mayor capacidad de adaptación de las estructuras a los cambios y a las fluctuaciones del mercado, la extensión de las propuestas neoliberales –asentadas en el principio de maximización de beneficios, la primacía de la competitividad y rentabilidad empresarial-, y la superación de los medios taykoristas y fordistas –basados en la producción en serie y en la utilización de obreros escasamente capacitados para hacer frente a la diversidad y oscilaciones de la demanda-, se encuentran en la base de la denominada flexibilidad laboral.

Uno de los instrumentos de la flexibilidad laboral es la subcontratación la cual otorga una libertad de iniciativa económica o de constitución de organizaciones productivas, como también ofrece el libre ejercicio de actividades empresariales o bien las facultades para cada empresa de decidir sobre sus objetivos, tanto a largo como a mediano plazo, y sobre la propia organización de su producción en un momento dado.

Cabe agregar que las actividades desarrolladas por las empresas, consistentes en las contrataciones de los trabajadores cuya relación laboral es de carácter temporal responden a las necesidades de suministro de personal de cada empresa que haya sido constituida de forma temporal en donde la movilidad del área laboral del trabajador se ve modificada por los distintos cambios autorizados por la empresa outsourcing, respectivamente con la demanda de personal

requerido por las empresas. Es aquí donde los trabajadores son contratados para ciertas labores temporales donde la outsourcing encamina una serie de tareas relativas a la selección de personal, gestión de nóminas y formación profesional; además de adaptar al equipo de trabajo a las oscilaciones de la demanda del mercado y disponer de mano de obra en función de sus necesidades productivas.

El hecho de que las empresas ejecuten obras o servicios para otras y al mismo tiempo no dispongan de elementos propios suficientes para llevarlos a cabo, se es visto como un vicio por parte de la empresa contratante del trabajador si este mismo es contratado para laborar en una o más empresas tomando en cuenta que la empresa contratante no posee los medios suficientes para constituirse como patrón y hacer frente a las obligaciones derivadas de la relación laboral, sin embargo lo hace mediante una serie de actos fraudulentos de difícil apreciación constituidos en un negocio jurídico simulado.

2. Movilidad Laboral y el Negocio Jurídico simulado

La movilidad de las áreas de trabajo como también del ambiente laboral posibilita a una decisión, catalogada, discrecional cuando la subcontratación tanto de obras como de servicios se interpone a las necesidades de las empresas que han estipulado tanto los momentos como las circunstancias, de los destinos laborales de los propios trabajadores, en los contratos consecuentes del uso de la outsourcing.

Por otra parte, la movilidad del trabajador partiendo de la capacitación y habilidades que va a ejecutar para la realización de su encomienda tiene como consecuencia el poder ser portador de los intereses del contratista a pesar de fungir palpablemente como trabajador de un patrón distinto, esto favorece a la instrumentación de la contratación temporal de una obra o servicio como vía de simulación de un suministro de mano de obra, representada en la negociación del patrón, en donde dependiendo de las circunstancias encaminadas a la realización

de un servicio u obra determinada tan solo bastará con alterar las condiciones laborales, enmarcadas en la legislación laboral para la sana marcha de la relación obrero patronal, y así disfrazar los intereses propios del contratista, vía utilidades, para ser pasados por alto por las autoridades laborales.

La subcontratación recae, en los negocios simulados de la empresa contratista, con una serie de mecanismos que eluden las condiciones laborales, ideales, para el trabajador y que desde el punto de vista empresarial ofrece menores obstáculos para la actividad productiva. Suele ser consecuencia de la simulación del negocio jurídico cuando el contrato de obra o servicio determinado es oculto por las partes para así evadir el mayor nivel de obligaciones exigido.

La empresa contratista consigue, con la simulación de un contrato, evadir cargas y obligaciones, como aquellas vinculadas a la protección en materia de seguridad e higiene en el trabajo o el recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional durante la vigencia del contrato; por último, también hay razones vinculadas a la relación de los costos y los beneficios en la contratación con empresas de servicios, en contraste con las empresas cuya contratación es de manera temporal y que favorecen el recurso a la subcontratación de servicios para conseguir mano de obra temporal y necesaria.

2.1. Empresas de Servicios

La contratación de servicios se ha convertido en un sector de progresiva implantación en el país donde las empresas oferentes de trabajos o servicios temporales se constituyen con un objeto social muy amplio normalmente concretado en la actividad laboral de un servicio de naturaleza distinta y que no requiere de una excesiva estructura organizativa y material. El funcionamiento de este tipo de contrataciones va desde una perspectiva nula en la capacitación del sujeto prestador de un servicio (como mensajería, distribución de correspondencia

y reparto) como también de aquellas que requieren de cierta profesionalidad y especialización (como la implantación de base de datos informatizados)

El éxito de estas empresas reside en dar respuestas ágiles a las necesidades del mercado empresarial mediante la prestación de servicios especializados a precios competitivos. Es aquí donde el contrato para el personal operativo que presta sus servicios en la contratación cuya duración se extiende a la par del servicio en cuestión se ha puesto en tela de juicio el carácter de verdaderas contrataciones si no se concretan las condiciones pactadas con el trabajador. Lo que en otras naciones se lleva a cabo una autorización de ejecución de servicios sometiéndolos a importantes controles administrativos y a la adopción de una garantía financiera y por lo tanto el ahorro de costos salariales y estructurales permite operar a estas empresas de servicios con un mínimo de organización empresarial sin el consentimiento de algún control administrativo o laboral.

2.2. Existencia de la Organización Empresarial

La efectiva aplicación de la organización empresarial del contratista constituye un presupuesto y condición necesaria para la existencia de una verdadera contratación, toda vez que la realización de la obra o servicio implica el funcionamiento de una estructura y medios suficientes para desarrollar la labor comprometida por la empresa outsourcing. Así mismo el hecho de que esta carezca de un patrimonio de organización empresarial mínima o de medios propios suficientes como capital social, instrumentos y maquinaria supone la presencia de una ficción o apariencia de empresa que con el pasar del tiempo presenta problemas para las partes si aun no se decide la labor para cada una de ellas dentro del ciclo productivo. Aun cuando el contratista posea una organización y medios propios suficientes, si no aporta su estructura empresarial para la ejecución de los servicios constitutivos del objeto de negocios de la contratación existirá tan solo un suministro de trabajadores sin mediar en la preparación y eficiencia laboral de los prestadores del trabajo.

En las empresas de servicios hay que tener en cuenta que los servicios ofrecidos pueden ser, bien de muy escasa calidad o, por el contrario, de alto nivel de especialización, siendo frecuente que se presiden de una estructura patrimonial de alto costo, por lo que se deberá analizar si la empresa de servicios cuenta con los elementos materiales y personales mínimos para desempeñar el cargo asumido y si ha puesto al servicio de la empresa principal su propia estructura y organización empresarial para ejecutar el servicio contratado.

Por otra parte, la exigencia de una organización empresarial para la calificación como contratista no ha de ser interpretada en un sentido económico o mercantil sino laboral, como titular de una organización laboral. La utilización por esta empresa de capital y trabajo puede tener proporciones variables en función de la actividad desarrollada por la contratista en cada caso concreto, y puede ser más que justificable que en determinadas actividades productivas y los elementos materiales puedan ser insignificantes. Lo importante es que la empresa contratista posea una actividad laboral organizada permisible de ejecutar una obra o servicio, en suma, actué como un auténtico patrón ostentando la titularidad y los poderes que como tal le corresponden.

2.3. Sectores Específicos de Riesgo

Los criterios utilizados en las empresas que actúan en el sector industrial, pueden ser poco operativos en el sector “servicios” en el que las mismas sólo requieren, para el desarrollo de sus actividades productivas y de ejecución de su objeto social, contar con una estructura material muy simple y elemental, por lo que puede cuestionarse si la gestión de una actividad con medios fundamentalmente personales no da lugar a una empresa distinta de la común que requiere de un tratamiento jurídico diferenciado.

Sectores como limpieza, seguridad y vigilancia plantean serios problemas desde el punto de vista de los derechos de los trabajadores en la medida de su

importancia para cada una de las empresas; por cuanto los medios materiales productivos necesarios son mínimos para el desarrollo de la actividad empresarial y la conexión de los elementos técnicos y personales de las actividades de las empresas contratista y contratante es mayor, ya que para la realización del servicio es indispensable el envío de los trabajadores a la organización del patrón sin importar la condición y preparación del trabajador para la tarea encomendada.

Si la empresa contratista únicamente aporta una parte de los medios necesarios para la ejecución de la obra o servicio habrá de evaluar la relevancia de lo aportado por cada uno de los dos sujetos, de modo que la aportación de capital, maquinaria y medios del contratista han de prevalecer respecto de la empresa principal; por lo tanto el valor de los medios organizativos y productivos aportados por la empresa principal solo pueden ser accesorios respecto a aquellos previstos por el contratista en la medida que su participación trasciende dentro de la outsourcing para así fijar los montos económicos para las partes contratantes.

Los contratos de servicios en sectores de actividad altamente especializadas como pueden ser el sector informático o las empresas de *management* o *engineering* pueden ofrecer una gran variedad de actividades, la mayor parte de ellos encontrados en la categoría de prestación de servicios, aunque ello no significa en algunos casos pueden encontrarse más próximos a contratos de ejecución de obra cuando su objeto consista en un resultado concreto. Así, por ejemplo las empresas de *management* ofrecen desde la gestión integral de la empresa principal concretas operaciones de consulta y asesoramiento profesional para un problema específico.

Los contratos de *engineering* también pueden presentar distintos contenidos en función a las necesidades de la empresa, desde servicios de consultoría o asesoramiento, contratos para elaborar un estudio técnico, económico, supervisión, a contratos de *engineering* más próximos a contratos de ejecución de obra, pues su objeto consiste en un conjunto de operaciones complejas que conllevan una dirección integrada; y por último se encuentran los contratos

informáticos en virtud de los cuales la empresa contratista autoriza la utilización de un programa de software adquirido por la empresa principal. La verdadera problemática que presentan estas características radica en que no requieren del empleo de maquinaria y bienes materiales sino de una aplicación de trabajo técnico elevado de alto nivel. Parece sin embargo, que una acomodación del orden normativo a las continuas transformaciones de las estructuras organizativas empresariales apoya una interpretación flexible del requisito consistente en la aplicación del complejo de medios empresariales para el cumplimiento de la contratación.

La exigencia de una organización productiva no debe ser interpretada en un sentido restrictivo, con referencia a los simples bienes materiales, sino que, por el contrario, se deben tomar en consideración todos los factores productivos, inclusive aquellos bienes inmateriales que son necesarios para la ejecución de la obra o servicio (por ejemplo el nivel de conocimiento tecnológico o *know how* y el software). En fin, la valoración debe recaer sobre el nivel de especialización de las empresas que prestan estos servicios y por tanto, sobre si poseen capacidad suficiente en razón del objeto de la contratación para ejecutar la tarea contratada.

A través del conocimiento técnico especializado, requerido del trabajador, las empresas pueden constituir un valor indicativo a los efectos de configuración de una verdadera contratación, pero también puede ser resultado del contrato que obliga al trabajador a la *outsourcing* ya sea mediante mano de obra altamente especializada que aporta a la empresa principal determinados conocimientos, pero no está dirigida a la consecución de un resultado concreto.

Probablemente, en estos casos reviste una importancia clave para determinar si se está ante una verdadera empresa con capacidad de asumir el propio riesgo; la toma o no del riesgo en una empresa se concreta en la posibilidad de no conseguir cubrir con los resultados económicos los costos soportados. Es evidente que, si los costos son sustancialmente los relativos al uso de mano de obra, las empresas de servicios que operan en este sector no soportan un verdadero y

propio riesgo de empresa cuando el precio de la contratación se fija proporcionalmente en función de las retribuciones debidas a los trabajadores.

Si la contratista es retribuida a través de un precio único y global independiente del número de trabajadores que trabajan para la empresa principal favorece entonces a una contratación que no orille a la contratista a ejercer algún tipo de presión sobre los trabajadores en su sano desempeño. Por cuanto al objeto del contrato si la ejecución de una obra o servicio determinado tiene como resultado un número de trabajadores necesarios, horas invertidas o salarios abonados, entonces, su marcha debe mantenerse evitando la movilidad del trabajador de una a otra empresa fijando como parámetros de permisibilidad el integrarse como trabajador fijo en la relación laboral.

2.4. Condición del Trabajador Contratado por La Empresa Outsourcing

La respuesta de estos casos pasa por considerar que un verdadero contratista ha de poner en juego todos los poderes y facultades correspondientes como verdadero patrón. La necesidad de identificar al patrón en el derecho del trabajo constituye una cuestión prioritaria en la medida en que es este el sujeto al cual se asigna una serie de derechos y deberes derivados de tal posición en la relación de trabajo y por lo tanto hace suyos los beneficios obtenidos del trabajo. En relación al poder de dirección empresarial, componente primordial de quien se ostenta la posición de patrón en la relación de trabajo, la empresa contratista es la que retiene y ejercita los poderes de movilidad funcional, geográfica y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, claras expresiones del poder de organización empresarial, estrechamente ligadas al poder de dirección.

Sin embargo, este criterio de diferenciación tampoco es absoluto cuando el trabajador desarrolla su trabajo dentro de la empresa principal, no resulta sencillo deslindar si el contratista está ejerciendo un verdadero poder de dirección o está impartiendo un determinado número de instrucciones generales o ciertas pautas,

inevitables y necesarias para alcanzar una mínima coordinación de la contratación con la actividad de la principal. Estas medidas de coordinación no constituyen en este modo alguno las manifestaciones del poder de dirección que en estos supuestos sigue en manos de la contratista respecto de sus trabajadores, a pesar de esto, aun no se ha conseguido establecer con precisión la línea divisoria entre ambos conceptos lo cual conlleva a acudir a los lineamientos previstos dentro del contrato celebrado entre la empresa outsourcing y el patrón.

Cabe afirmar que, siempre que el empresario principal llegue a dictar órdenes concretas exista una manifestación del poder directivo del empresario sobre los trabajadores que ejecutarán el trabajo convenido; cosa diferente es que la coordinación espacial y temporal de las tareas de la principal y de la contratista exija labores de vigilancia y coordinación de la actividad de esta última durante su ejecución, lo que presenta una clara analogía con las facultades de control y vigilancia aunado a esto es factor determinante el asignar a un elemento humano constituido para el control de las distintas situaciones suscitadas en el ambiente laboral lo cual será llevado a cabo de acuerdo al convenio de colaboración entre la empresa principal y la empresa outsourcing. La celebración de la contratación de obras o servicios atribuye a la empresa principal una parte de las prerrogativas propias del poder de dirección del contratista, que responden a las necesidades de organización general de la empresa principal, aunque los trabajadores sigan manteniendo una dependencia con la contratista quedando al arbitrio de esta la decisión de las modalidades laborales que ejercerá el trabajador en el lugar de trabajo que se le designe o bien se le imponga.

3. Vulneración del Contrato de Trabajo

Las evasivas y maquinaciones para provocar el incumplimiento en las relaciones de trabajo emanadas del contrato de trabajo suelen presentarse ante la falta de información, o hasta incluso la ignorancia por la falta de experiencia, cuando la transición y desarrollo del aparato productivo empresarial trabajando

conjuntamente con la *outsourcing* no permite la libre consecución laboral del trabajador bajo la protección de las leyes disminuyendo, por lo tanto, las prestaciones de ley y exponiéndose a engaños y fraudes ante la proliferación de empresas incapaces de mantener las condiciones elementales del trabajo.

3.1. Fraude de Ley

El hablar de fraude de ley conlleva a analizar distintos signos contradictorios dentro de la legislación laboral, no es solo el hecho de indicar la existencia de una desproporción o injusticia habida en el medio laboral es por ello que se hará mención de este tema abordando como ejemplo a la legislación española.

El artículo 43 de la Ley Estatutaria del Trabajadores prohíbe el tráfico de mano de obra tanto si se efectúa de forma abierta como simulada, permitiendo el traspaso de los trabajadores de forma temporal solo por medio de empresas sujetas a una duración determinada y debidamente reconocidas por el ministerio de trabajo español; por ello, la prohibición puede ser infringida tanto de forma directa, mediante la puesta a disposición de mano de obra por una empresa que carece de medios y estructura organizativa suficiente, como utilizando un negocio jurídico tipificado pero con el que se trata de encubrir la verdadera voluntad de las partes. En el supuesto más común, cuando la movilidad del trabajador opera de forma encubierta a través de una falsa contratación, entre dos empresas con estructura empresarial real, la legislación española indica que esa falsa contratación debe ser declarada por la autoridad laboral. Aunque la simulación no aparece expresamente definida en el código civil español, el artículo 1301 de la legislación civil se refiere a la falsedad de la causa para determinar que la expresión de causa falsa en los contratos es equivalente a su inexistencia (supuesto de simulación absoluta) salvo cuando esta oculta otra verdadera y lícita (simulación relativa) en cuyo caso el negocio jurídico simulado podrá subsistir si se fundamenta en otra causa verdadera y lícita.

Sin embargo, la utilización de instrumentos legales cuyo objeto es obtener resultados concretos ajenos al medio utilizado implica la existencia de determinados vicios en el consentimiento o bien de cualquier mecanismo del que se pueda hacerse valer el sujeto con ánimo de fraude con el que se consigue alcanzar determinados intereses prohibidos por la norma jurídica.

Aunque técnicamente el concepto de fraude no es asimilable al de simulación, por cuanto el primero se lleva a cabo mediante actos lícitos que, sin embargo, consiguen burlar a la ley al producir efectos contrarios a su objeto-fin, y en el negocio simulado los actos solo son una apariencia para encubrir la realidad lo cierto es que el contrato envuelto en la simulación (la contratación de obras y servicios) es el instrumento idóneo para esconder el fraude. La simulación y el fraude presentan cierta analogía, tanto en el supuesto de hecho las partes contratantes declaran externamente una voluntad que se distingue del verdadero propósito común deseado: alcanzar la finalidad prohibida por la ley, como en la sanción jurídica prevista por el ordenamiento jurídico, lo que determina la aplicación de la norma que se trataba de defraudar o el resurgimiento del negocio jurídico simulado, siempre que éste reúna los requisitos exigidos por la ley. Cabe aclarar que esa alteración a la ley se origina desde la ilicitud en la constitución de la empresa y culmina con los malos resultados contrarios a los prometidos a la empresa principal, afectando tanto a esta como también a los trabajadores.

Para la existencia del negocio jurídico que ha permanecido oculto aunque sea de distinta índole, se requiere tomar en cuenta los elementos esenciales o existenciales y de validez previstos en la legislación civil como son el consentimiento y objeto del contrato (elementos esenciales) y la capacidad de las partes para contratar, ausencia de vicios en el consentimiento, objeto-motivo-fin del contrato y la forma (elementos de validez) para su creación de lo contrario se encontraría ante un negocio jurídico invalido que no podría desplegar los efectos jurídicos que le son propios.

Desglosada la naturaleza del contrato realizado, un contrato de mano de obra, y analizado si reúne los requisitos de fondo necesarios para su validez habrá que concluir que dicho contrato de mano de obra oculto es un contrato ilícito y prohibido por razón de su objeto. Evidentemente, si la actividad se ejecuta a través de empresas de servicios que no reúnen los requisitos exigidos a las empresas constituidas para ejercer trabajo o servicios de forma temporal, la aparente contratación no excluye de ser calificado como vulnerable si existen factores que afecten la continuidad de la empresa.

Lo cierto es que, puede exigirse la aplicación de la regla de responsabilidad general prevista en la legislación laboral en la medida del incumplimiento de las condiciones laborales con el trabajador y del beneficio económico obtenido. Al carecer de validez el contrato de outsourcing, se constituirá en un contrato de trabajo indefinido con la empresa principal, dado que el trabajador ha prestado sus servicios para ella al margen de un contrato celebrado entre el contratista y el mismo trabajador tomando en cuenta que la relación laboral es la subsistente a pesar de haber finalizado el contrato de trabajo donde aún subsiste la materia del trabajo.

3.2. Efectos del Contrato de Trabajo

El contrato de outsourcing constituye el negocio principal sobre el que se construye la movilidad de los trabajadores a través de contratistas; expresión de ello es la dependencia causal temporal del contrato de trabajo celebrado entre la empresa outsourcing y el trabajador. La práctica empresarial demuestra que el vínculo entre el trabajador y la empresa outsourcing que lo contrata puede presentar una naturaleza de carácter temporal. El contrato de trabajo está así directamente conectado a la previa celebración de un contrato de outsourcing, pudiendo así el contratista adecuar su agenda laboral a las sucesivas demandas de mano de obra de las empresas clientes. En consecuencia, el contrato de

trabajo suele constituir un negocio jurídico de segundo grado fundamentado en un contrato de outsourcing que le antecede en el tiempo.

Pero la dependencia de los contratos no sólo se produce en una sola dirección, del contrato de trabajo respecto del contrato de outsourcing puesto a disposición, sino que actúa en un doble sentido, es decir, que existe una interdependencia recíproca entre los dos contratos. No sólo el contrato de trabajo depende en el aspecto causal-temporal del contrato interempresarial, sino que también este último precisa del contrato de trabajo para el cumplimiento del fin que le es propio. El contrato por el que se pone a disposición el trabajador y el contrato de trabajo están ligados, el primero surge del segundo, para posteriormente adquirir vida independiente; como sucede con los contratos colectivos de trabajo los cuales señalan las condiciones y lineamientos para regir cada una de las relaciones individuales de trabajo. Los efectos del contrato, al que se somete el trabajador, surgen de las directrices con las que se moldea la funcionalidad del contrato outsourcing por lo que cada sujeto de trabajo será contratado partiendo del contrato principal que involucra a cada una de las actividades por las que se pactó dicho contrato.

Efectivamente una de las particularidades que conlleva la conexión entre los dos contratos es la modificación del contenido de cada uno de los negocios jurídicos para su acomodación al fin económico común (la puesta a disposición del trabajador). Particularmente, en el contenido del contrato de trabajo la alteración del contenido se concreta en la inserción de una cláusula en la que las partes, trabajador y empresa contratista, acuerdan que la prestación de los servicios tendrán lugar en otro ámbito de organización y dirección. Mientras que en el ámbito de las subcontrataciones de obras y servicios el trabajador mantiene un vínculo contractual laboral común o típico, cuya causa no es otra que la prestación de unos servicios a la empresa que lo contrata a cambio de una remuneración, en el contrato celebrado por el trabajador este es contratado para prestar sus servicios bajo el ámbito de dirección y organización de una empresa distinta a la que lo contrató.

La alteración en el contenido de cada uno de los contratos individuales también supone una cierta subordinación de los contratos entre sí. Lo que esta premisa plantea es: si constatada la desproporción del contrato, de puesta a disposición del trabajador, por vulnerar los presupuestos constitutivos de la relación de trabajo, ésta puede trascender al contrato de trabajo celebrado para el cumplimiento de dicha relación; lo que significaría que, constatada la existencia de un ilícito en el contrato de outsourcing los demás contratos productos de este resultarían nulos.

La relación jurídico laboral entre trabajador y empresa contratista permanece válida por cuanto la ilicitud que se transfiere al contrato de trabajo no recae sobre su objeto, la actividad laboral prestada, ni sobre su causa, intercambio recíproco entre trabajo y remuneración, que en este caso no se ven afectados por un vicio o defecto estructural.

3.3. Subsidiariedad y Solidaridad de las Obligaciones Nacidas del Contrato de Trabajo

El fin que justifica a la responsabilidad obedece fundamentalmente a fines sancionadores y de garantía dirigidos a reforzar la posición trabajador; en el ámbito del derecho privado, la razón principal que justifica con carácter general la regla de la solidaridad en las relaciones obligatorias con pluralidad de deudores es la de reforzar la garantía del cobro de la deuda; el trabajador puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios solicitando el importe total de la deuda. Aunque sea cierto que la imposición de una solidaridad pasiva a favor del trabajador le permite dirigir la acción de reclamación de la deuda simultánea o sucesivamente frente a las dos empresas que han participado y, por tanto, refuerzan su posición de acreedores. Se ha de tener en cuenta que esta agravación de la responsabilidad ante la conducta infractora solo se produce respecto de la empresa principal, que pasa a constituirse en deudora de primer nivel por ser corresponsable de la conducta que se pretende sancionar; la

responsabilidad laboral de la empresa contratista no se altera como patrón frente al trabajador, por razón de la regla de solidaridad. La equiparación de la responsabilidad a quien afecta, y a quien se dirige, es a la empresa contratista: este sujeto empresarial es el centro de imputación al que va destinado el mandato que preceptúa la regla de la solidaridad.

No puede perderse de vista que esta regla en el normal funcionamiento de las relaciones jurídicas se impone respecto de las obligaciones asumidas voluntariamente, vía contractual, o imperativamente, por ley, por las partes en tanto que la responsabilidad impuesta a la empresa principal puede recaer en obligaciones salariales y de seguridad social. Teniendo en cuenta estas consideraciones, lo cierto es que la transformación del alcance y de la naturaleza de la responsabilidad jurídica imputable a la empresa principal apunta en una dirección en concreto, al reconocimiento de una verdadera posición empresarial compartida por las dos empresas coparticipes. Solo ello explica que el alcance de la responsabilidad no queda limitado en los casos de incumplimiento de las obligaciones de naturaleza salarial y de seguridad social sino que se extienden a todas las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El hecho de que en estos casos el régimen de responsabilidades de la empresa principal se encuentre notablemente atenuado se debe, fundamentalmente, a razones de política del derecho que tratan de favorecer una relativa inmunidad de las empresas usuarias y garantizan la seguridad y permanencia de las empresas contratistas consolidadas temporalmente para así ofrecer una contratación o prestación de un servicio de forma temporal en el mercado de trabajo.

3.4. Derechos del Trabajador

Como es de esperarse el trabajador no cuenta con más derechos que los señalados en el contrato de outsourcing donde se somete a la realización de una actividad a cambio de tener derecho a obtener una remuneración económica denominado salario. Es por ello que a continuación se hará alusión a la legislación

española con respecto de los trabajadores que se encuentran laborando bajo el esquema outsourcing con la posibilidad de mejorar su condición de trabajador subcontratado.

El artículo 43 de la Ley Estatutaria de los Trabajadores en su apartado tres se prevé un efecto distinto para el caso de contravenirse la prohibición general de ceder mano de obra. El precepto confiere al trabajador el derecho de optar por integrarse como fijo de plantilla en la empresa cedente o cesionario, como se expresaba.

Al margen de los problemas interpretativos no resueltos por el artículo 43 la determinación de los requisitos subjetivos, objetivos y temporales para ejercer el derecho de opción, la forma en que se ejercita este derecho, su calificación jurídica, los efectos jurídicos que produce, o los problemas que plantea en derecho de integración cuando la empresa por la que se opta es una administración pública o una empresa, aspectos en los que ya ha reparado la doctrina científica y la jurisprudencia-, el objeto de nuestra atención en el presente apartado se va a centrar en determinar la calificación y naturaleza jurídica que merece la facultad del trabajador de optar por integrarse en el grupo laboral del contratista o de la empresa principal.

El concepto de contrato permanece asentado en el dogma de la autonomía de la voluntad, no existe contrato sin acuerdo de voluntades libremente dirigidas a la constitución de una relación jurídica. Por ello, toda relación de trabajo de origen contractual requiere del consentimiento del empresario y del trabajador sobre el objeto y la causa del contrato, de modo que en aquellos supuestos en que el trabajador preste un servicio y el empresario lo acepte se constituirá la relación laboral de naturaleza extracontractual, pues en tales casos al estar ausente un contrato de trabajo en el nacimiento de la relación laboral, esta sólo puede tener su origen en la ley. La constitución de una posible relación laboral entre el trabajador y empresa principal supone la creación de una relación laboral que

carece de una estructura contractual que coexiste con el único hecho de mantenerse viable la materia de trabajo.

La libre decisión del trabajador por cuanto le posibilita a elegir entre continuar prestando sus servicios en la empresa contratista o extinguir esa relación e integrarse en la empresa principal, es uno y otro caso con la condición de fijo, siempre y cuando ambas constituyan empresas reales con las que pueda constituirse una efectiva relación jurídica-laboral.

IV. Responsabilidad del Patrón por el Incumplimiento en las Obligaciones Contraídas con el Trabajador

El régimen jurídico-laboral, aceptando que las subcontrataciones son una opción de organización de la producción y el trabajo, está inspirado en el principio de protección del trabajo el cual deriva una tutela reforzada y específica de los asalariados de las empresas contratistas, atendiendo a los riesgos específicos de esta modalidad de prestación de servicios.

Sobre el empresario principal se descarga un conjunto de obligaciones y lo que es aun mas importante, se establece un sistema de responsabilidad solidaria del propio empresario principal por obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas con sus trabajadores y con las obligaciones referidas a la seguridad social. Se observa una fragmentación en las responsabilidades de la prevención en los riesgos de trabajo al exigir que se trate de obras y servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal y que además estos se presten en el centro de trabajo de esta última empresa.

Para determinar los alcances de la responsabilidad del patrón se analizaran los siguientes rubros:

- A. Responsabilidad por Incumplimiento de Obligaciones de Naturaleza Salarial.
- B. Responsabilidad por Incumplimiento de Obligaciones de Seguridad Social.
- C. Responsabilidad por Incumplimiento de Obligaciones en Materia de Prevención de Riesgos Laborales.
- D. Responsabilidad por Incumplimiento de las Obligaciones en Materia de Información a los Trabajadores.

➤ **Responsabilidad por Incumplimiento de Obligaciones de Naturaleza Salarial**

La responsabilidad solidaria del empresario principal alcanza, en primer lugar, a las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas con sus trabajadores durante el periodo de vigencia de la contratación. Lo que ha de interpretarse como un notable reforzamiento de las garantías de los trabajadores, en tanto ahora no hay límite cuantitativo en la responsabilidad salarial asumida por el empresario principal.

En la determinación de esta específica responsabilidad, el dato más relevante es la referencia exclusiva a las obligaciones de naturaleza salarial. La cuestión controvertida, en el ámbito de tramitación de un despido, es si la responsabilidad alcanzaba solamente a la empresa outsourcing o bien alcanzaba también a la empresa principal, es decir, si los salarios están comprendidos dentro de las obligaciones salariales a las que se extiende la responsabilidad solidaria de la empresa principal en la subcontratación relativa a la propia actividad de la primera, lo que depende de una naturaleza salarial o indemnizatoria que se les reconozca.

Los salarios tienen la misión de retribuir al trabajador por lo que ante la presencia de un despido y al no percibir pago alguno desde la fecha del mismo existe una responsabilidad solidaria en cuestión de los salarios devengados durante el periodo de la subcontratación. Una vez finalizado el periodo de

responsabilidad solidaria entre las respectivas empresas por alguna de las causas de extinción de la relación laboral, y sobre todo ante el incumplimiento culposos, podrá exigirse la responsabilidad solidaria en orden al pago. El trabajador tendrá la posibilidad de exigir el cumplimiento del pago a partir del momento en que se incumpla la obligación de abonar la prestación salarial.

En la legislación española dentro de la ley estatutaria de los trabajadores se indica un plazo de un año para exigir el cumplimiento de la responsabilidad solidaria contada a partir de la negativa por parte del empresario solidario a hacer la entrega del pago debido. Caso contrario en la legislación laboral mexicana partiendo del principio de que toda norma debe ser aplicable en beneficio del trabajador cuando se de alguna controversia que pudiese emerger un conflicto entre las partes, entonces, queda a manera de decisión el actuar de la junta federal de conciliación y arbitraje para así hacer remembranza a sus decisiones y dar cabida a una solución. La exigencia de un plazo hace denotar una imprecisión de la norma estatutaria española de acuerdo a que uno de los principios que guardo la norma laboral mexicana es la protección de trabajador en cuanto a sus intereses y trabajo, lo que ocasiona que al disponerse de un plazo para hacer operar la prescripción negativa y así vulnerar el actuar conciso del trabajador cuando el mismo se encuentre decidido a hacer frente a las malversaciones provocadas a su persona o trabajo.

Un dato concurrente en la responsabilidad solidaria se presenta cuando el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos simultáneamente; esto obedece a que en materia laboral el elemento desencadenante de la responsabilidad no es el contrato de trabajo, sino la vigencia de la contratación, de ahí que haya en considerar el momento de devengar el pago lo cual presenta cierta importancia cuando se consideran la realización de pagos extraordinarios.

➤ **Responsabilidad por Incumplimiento de Obligaciones de Seguridad Social**

La responsabilidad solidaria del empresario principal alcanza a las cotizaciones realizadas por el contratista que haya realizado respecto de sus trabajadores, incluyendo las cuotas por contingencia comunes, las primas por accidentes de trabajo, las cuotas de recaudación conjunta e incluso los intereses, recargos y costas del procedimiento de apremio debidos ante el incumplimiento de la empresa outsourcing, las prestaciones nacidas ante el incumplimiento del deber de afiliación, alta o cotización por parte del empresario obligado, el empresario subcontratista o a las prestaciones que presente un déficit en la empresa en la modalidad de pago delegado en función a la colaboración obligatoria de la gestión.

➤ **Responsabilidad por Incumplimiento de Obligaciones en Materia de Prevención de Riesgos Laborales**

Los riesgos de trabajo son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo. Se entiende como accidente de trabajo a toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en ejercicio, o con motivo del trabajo, cualesquiera que sean el lugar y el tiempo en que se preste. Y por último la enfermedad de trabajo se entiende como todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

Las empresas que subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad y siempre que se desarrollen dichas obras o servicios en sus propios centros de trabajo, deben vigilar el incumplimiento por dichos contratistas de la prevención de riesgos de trabajo. Aunque los trabajadores de la empresa contratista no presten servicios en los centros de

trabajo de la empresa principal, si tales trabajadores operan con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la empresa principal esta debe facilitar la información necesaria para que su utilización se produzca sin riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores. Son deberes de vigilancia y de información respectivamente que incumben a la empresa principal, obedeciendo a razones distintas; el primero se justifica porque los trabajadores de la empresa outsourcing desarrollan su actividad en el centro de trabajo de la principal, reforzando de esta manera el deber general de cooperar en la aplicación sobre prevención de riesgos laborales y actuar coordinadamente y de informar sobre los riesgos existentes en el centro de trabajo y las medidas de protección y prevención correspondientes, así como también las medidas de emergencia a aplicar; en cambio como segundo punto responde a la utilización de medios materiales de la empresa principal por parte de los trabajadores de la empresa contratista, pero en un lugar de trabajo no dependiente de la empresa del patrón, de ahí la simple obligación de informar de los posibles riesgos que conlleva su utilización.

El deber de vigilancia no es universal cualquiera que sea la clase de contratación o subcontratación, puesto que sólo es exigible cuando se refiere a obras o servicios pertenecientes a la propia actividad de la empresa del patrón y los trabajadores asignados por la empresa auxiliar a la ejecución de esa contratación o subcontratación y que presten servicios en los centros de trabajo de la empresa del patrón. A consecuencia de este deber jurídico, y en presencia de una culpa *in vigilando* la empresa principal responde solidariamente con los contratistas durante el periodo de contratación en relación con los trabajadores que laboren en los centros de trabajo del patrón y ello con la exigencia de los principios de imputabilidad y culpabilidad que subyacen en toda sanción pública.

➤ **Responsabilidad por Incumplimiento de las Obligaciones en Materia de Información a los Trabajadores**

Más relevante es la obligación de la empresa contratista de informar de manera individualizada y por escrito a sus trabajadores, antes del inicio de su respectiva prestación de servicios, sobre la identidad de la empresa principal (patrón) – nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su cedula de identificación fiscal- para la cual estén prestando servicios en cada momento. Esto es relevante para la defensa de los trabajadores en sus derechos e intereses laborales, para que éstos no se vean frustrados por la circunstancia de estar desarrollando una prestación de servicios bajo el ramo de la subcontratación y así tengan la dificultad de identificar al empresario principal para exigirle la responsabilidad que asume.

CAPITULO 3

CLASES DE INTERMEDIACION Y CAMBIOS EN LA TITULARIDAD DE LA EMPRESA, SUCESIÓN EN LA CONTRATACIÓN Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS CONTRATISTAS

La participación del intermediario en las actividades de la empresa puede abarcar desde inmiscuirse en su ciclo productivo, hállese de la construcción, diseño, ventas y distribución de bien producido o si se trata de un servicio también se puede referirse a la capacitación, obtención de recursos y materiales para su creación, más no referirse únicamente a la contratación laboral

A continuación se mencionarán distintas clases de intermediación, el funcionamiento de la transición sobre la titularidad del patrón frente a la empresa, si esta misma esta bajo el funcionamiento del sistema de subcontratación, y por lo tanto si el contratista es cambiado por un nuevo, así como las responsabilidades que incurran, tanto patrón como contratista, principalmente relacionadas a la seguridad social.

I. Clases de Intermediación y Cambios en la Titularidad de la Empresa

La existencia de una contratación originada a través de empresas de colocación cuya función principal es la de fungir como contacto en el área de recursos humanos es la forma más manifiesta de la intermediación. Existen distintas clases de intermediación que son necesarias de describir toda vez que en el derecho laboral esta figura no pretende ser única.

Por otro lado, el cambio en la titularidad de la empresa no debe interpretarse como una novación del elemento humano sobre el rango del patrón a pesar de delegar sus funciones principales ante la participación de terceros con ánimos de contratar con el patrón ofreciendo perspectivas alentadoras que impulsen la competencia en el mercado nacional o extranjero.

1. Clases de Intermediación

La intermediación se configura con la existencia de un elemento humano encaminado a proporcionar distintos servicios de complementación para las actividades de las empresas; aquella gira en torno al empresario el que, en su mayoría, proporciona una retribución económica al intermediario a cambio de proporcionar información, acerca de los trabajadores actuando como contacto o para el logro de bienes necesarios para su buen funcionamiento.

➤ Intermediarios Mercantiles

La intermediación en el derecho mercantil nace y se configura en torno al comerciante, es decir de la persona cuya función consiste en la intermediación en y negocios mercantiles. El empresario es un intermediario respecto a los productos que la negociación elabora o de los servicios que presta. La función de intermediación se realiza por los comerciantes, así como por auxiliares independientes del comercio, como son los casos de los corredores y de los agentes de comercio, y como también puede ser el caso de los intermediarios y de los comisionistas profesionales a que se refiere la Ley del Mercado de Valores, al tratar de la intermediación bursátil, y genéricamente al hablar de las empresas de comisión y de agencias.

En la práctica comercial han existido mediadores libres que actúan como intermediarios para la celebración de operaciones y contratos, y mediadores profesionales o corredores quienes además de su función de intermediarios, tienen fe pública y pueden actuar como peritos en asuntos del tráfico mercantil.

➤ **Intermediarios Bursátiles**

Son intermediarios bursátiles los que se encargan de facilitar las operaciones con valores, proveer sistemas adicionales a la Bolsa Mexicana de Valores para difundir las cotizaciones y analizan solicitudes y ordenes para hacer operaciones con valores que puedan ser negociados fuera de la bolsa. Es aquí donde intervienen los operadores, distribuidores y despachos de consultoría que en su mayoría asesoran y arman portafolios de inversión de acuerdo con las perspectivas personales de sus clientes, canalizando los recursos a los intermediarios financieros.

➤ **Intermediarios Financieros**

Son instituciones que captan, administran y canalizan el ahorro y la inversión para prestarlo a quienes necesitan dinero. Son instituciones que actúan como mediadores entre aquellos quienes desean recibir recursos y quienes desean invertirlos, logrando con eso transformar plazos, montos, riesgos y reducir costos

Los intermediarios financieros deben de contar con la autorización de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público para organizarse e iniciar operaciones. Actualmente en México operan los intermediarios financieros siguientes: Instituciones de banca múltiple, Instituciones de banca de desarrollo, casas de bolsa, Sociedades financieras de objeto limitado, Sociedades financieras de objeto múltiple, Entidades de ahorro y crédito popular, Sociedades de inversión, Administradoras de fondos para el retiro, Instituciones de seguros e Instituciones de fianzas.

El sector de intermediarios financieros No Bancarios está constituido por las instituciones que prestan servicios financieros sin ser bancos. Este tipo de intermediarios comprenden a las entidades de ahorro y crédito popular y las

organizaciones y actividades auxiliares de crédito; estas últimas comprenden a los almacenes generales de depósito, Las uniones de crédito, las arrendadoras financieras, las empresas de factoraje financiero y las casas de cambio.

2. Titularidad de la Empresa

Los actos jurídicos que tengan lugar por una sucesión empresarial contienen una calidad de responsabilidad solidaria de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas; de ese modo se produce un acto de transmisión que ha tenido como consecuencia el cambio en la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma. En relación con la transmisión *mortis causa* se excluye la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales, no obstante ello no significa el trabajador quede desprotegido pues podrá reclamar las deudas laborales al nuevo empresario.

Cabe mencionar que al hablar de una sustitución de un patrón por otro para continuar la relación laboral ya existente anteriormente es uno de los parámetros que no deben confundirse con la implementación del sistema outsourcing que a simple vista inmiscuye la participación de un nuevo empresario (contratista) que se involucra dentro de las actividades de la empresa con las limitantes de un contrato.

El artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo indica que **“La sustitución de patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento. El patrón sustituido será solidariamente responsable con el nuevo por las obligaciones derivadas de las relaciones de trabajo y de la Ley, nacidas antes de la fecha de la sustitución, hasta por el término de seis meses; concluido éste, subsistirá únicamente la responsabilidad del nuevo patrón.....”**

El artículo anterior establece la continuidad de la relación laboral con los trabajadores a pesar del cambio de la titularidad del patrón persistiendo de esta manera las obligaciones anteriores a la entrada del nuevo empresario respetándose los lineamientos por los que fueron hechas las contrataciones y retomando los nuevos lineamientos ofrecidos dentro de la contratación sin afectar la continuidad de la relación laboral. Se finca una responsabilidad solidaria entre los nuevos empresarios en caso de incumplir con los lineamientos contractuales que dieron origen a la relación de trabajo.

La implementación del sistema *outsourcing* no implica una sustitución del patrón toda vez que el patrón mantiene su hegemonía al frente del sistema productivo empresarial y la participación del contratista, a quien podría atraer la confusión como patrón sustituto, se limita a su actuar solidario de acuerdo a las estipulaciones del contrato *outsourcing* ejerciendo funciones propias de un patrón, a través de elementos propios suficientes y a cambio de una remuneración económica, sin ostentar la titularidad de la negociación empresarial.

El cambio en la titularidad de la empresa puede ser por cesión, venta, u otras formas de traspaso de la empresa, sucursal, dependencia u obligaciones. Es aquí donde el patrón sustituto puede ser propietario, arrendatario, usufructuario, etc. De la totalidad o parte del negocio cedido o al cual se transfiere el trabajador. Esto hace que la titularidad del patrón sustituto sea heterogénea, de acuerdo con el tipo de su titularidad. Por este motivo, el titular de la empresa ejerce un poder de gestión a tono con su titularidad.

La continuidad de gestión de la empresa es determinante de la continuidad de responsabilidades laborales, la cesión de empresa entraña, necesariamente, la sustitución en la titularidad, la sustitución en el ejercicio de la gestión del negocio y, consecuentemente, la continuidad de la actividad o negocio de la empresa que es determinante. La cesión debe ser real, efectiva y suficiente para que el nuevo titular ejerza y pueda ejercer la gestión de la empresa, sucursal o dependencia

cedida en propiedad, arrendamiento, etc. de lo contrario sería una simulación del negocio jurídico en cuestión.

Es necesaria también la transmisión de un conjunto de elementos esenciales individualizadores de la empresa donde el ahora patrón adquiere en todo o en parte un conjunto de elementos esenciales, individualizadores de la empresa cedida, que garantizan la continuidad total o parcial de sus operaciones; la permanencia total o parcial de la explotación o negocio como unidad de producción en sus factores técnicos, organizativos o patrimoniales. La venta, cesión o arrendamiento de bienes o elementos aislados, aunque importantes, no caracterizan la transmisión de la empresa; dicha transmisión de elementos aislados no puede configurar un cambio en la titularidad de la empresa por lo que es necesaria una transferencia directa y efectiva, total o parcial de la unidad de producción del patrón anterior al nuevo patrón. En los casos precipitados se transfieren elementos aislados, más o menos importantes, pero nunca una empresa.

El cambio de la titularidad de la empresa debe ser comunicado al trabajador o a las autoridades del trabajo, pudiendo el trabajador oponerse a su transferencia cuando éste le acarree perjuicios morales o materiales. La comunicación de la cesión a las autoridades de trabajo persigue facilitar su función tutelar de vigilancia en el cumplimiento de la ley; no existe formalidad para cumplir con esta obligación pero el trabajador debe ser avisado por el cambio, que puede alterar las condiciones esenciales del contrato o consistir en una maniobra susceptible de encubrir o generar la insolvencia de los empleadores.

Muchas veces se recurre a la venta total de la mayoría de sus acciones o a la fusión de empresas, produciéndose un cambio en la titularidad de la empresa, que conduce a la extinción del contrato individual de trabajo de aquellos trabajadores que no continúan prestando servicios. La fusión de empresas produce los mismos efectos que la cesión. La subrogación legal de responsabilidades se impone en virtud de la ley y los derechos del trabajador

permanecen inalterables, sea que la relación de trabajo cese o el trabajador continúe trabajando en la nueva empresa.

Por otro lado, el cambio en la titularidad puede ocurrir como consecuencia de la ejecución de una decisión de los tribunales resultante de los procedimientos de ejecución que culminan con el cambio de la propiedad de la empresa que funja en garantía y pasa al acreedor o a un tercero. En estos casos el adjudicatario deviene en patrón, responsable de los derechos y prerrogativas de los trabajadores.

Tampoco cabe confundir la sustitución judicial de empleador, con la adjudicación parcial de bienes embargados debido a que conlleva a solo una transmisión de bienes que individualizan la empresa sin bloquear su explotación económica. Tampoco hay sustitución judicial de patrón cuando la ejecución y adjudicación tienen efecto después del cierre definitivo, seguido de la liquidación del personal. En estos supuestos, el acreedor declarado judicialmente adjudicatario no ha adquirido una empresa ni ésta ha pasado a nuevas manos, sino que dejó de existir con anterioridad a la adjudicación. Esto no impide la concurrencia de los trabajadores con el acreedor ejecutante para el reconocimiento judicial y pago de sus derechos adquiridos o en discusión.

Asimismo, no puede confundirse la liquidación de una empresa con la sustitución del patrón, a pesar de la extinción de aquella a través de una quiebra; pero a pesar de no ser una sustitución de trabajadores no se extinguen los derechos del trabajador, particularmente cuando la liquidación obedece a problemas administrativos, financieros o a otras causas imputables a la empresa. Los salarios y los derechos de los trabajadores no pueden ser afectados por la liquidación, no sólo por mandato expreso de la ley, sino porque tales derechos son irrenunciables y los créditos de los trabajadores, por concepto de salarios, gozan, en todos los casos, de un privilegio general y derecho de preferencia sobre los créditos de particulares de cualquier naturaleza, con excepción de los del estado.

Los modos de cambio en la titularidad de la empresa tienen una naturaleza mixta donde en primer lugar la resolución de los contratos de trabajo y la continuidad en la prestación del servicio en la nueva empresa de capital privado, tiene un carácter legal-convencional, por cuanto la resolución o la continuidad de los contratos individuales de trabajo, son el resultado de disposiciones legales y de acuerdos convencionales, quedando a discreción del personal desplazado de la industria a optar entre recibir el pago de la indemnización por el despido o el monto de estas convertido en acciones, que formarían parte del capital de la nueva empresa. En segundo lugar la empresa no desaparece pero traspasa a otras empresas, de capital privado, los bienes indispensables para su producción proporcionando a las empresas contratistas la distribución y comercialización de los bienes objeto de la empresa. En estos casos no se ha producido una terminación legal de los contratos de trabajo, sino una suspensión de los efectos del contrato y, al reanudarse las operaciones, la empresa de capital privado debe responder conjuntamente frente al trabajador despedido o recontratado.

3. Carácter Solidario de la Obligación y Sujetos de Responsabilidad

Se presenta la solidaridad cuando cada uno de los acreedores o todos juntos tienen el derecho de exigir de todos los deudores solidarios, o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda. Si reclaman todo de uno de los deudores y resultare insolvente, pueden reclamarlo de los demás o de cualquiera de ellos. En el caso de realizarse el pago o cualquier modalidad de pago realizado por uno de los deudores solidarios a cualquiera de los acreedores presentes produce la extinción total de la deuda.

Así como hay deudores que ante el incumplimiento de sus obligaciones patrimoniales afrontan los resultados inherentes e inclusive ponen sus bienes a disposición de aquel o aquellos a quienes deben, también los hay que en tales

condiciones procuran aparentar un estado de insolvencia para eludir todo aseguramiento de bienes sin omitir protegerse elaborando entre ellos y quien los ayuda a sus actividades ilícitas un documento ficticio cuyo contenido relata y regula la realidad. Algunos de los medios por los cuales el deudor procura defraudar a sus acreedores, son la confección de deudas ficticias, la expedición de títulos cambiarios, la venta simulada de sus bienes, las daciones en pago irreal por deudas también ficticias, la constitución de derechos reales para garantizar deudas aparentes, etc., cayendo todas estas posibilidades sobre el común denominador de la simulación absoluta. De ese calificativo se desprende lo plenamente falso o artificioso de las operaciones celebradas en tales condiciones, pues carecen de toda realidad y lo único pretendido por quien las ejecuta es aparentar ante sus acreedores una insolvencia lo suficientemente considerable para cortarles sus intenciones de ver garantizados sus créditos.

La concurrencia de dos o más deudores de una sola obligación no implica que cada uno de ellos debe prestar íntegramente las cosas objeto de la misma, solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine constituyéndose con el carácter de responsabilidad solidaria. Es preciso que el carácter solidario de la obligación se determine de forma expresa.

Las consecuencias del carácter solidario son las siguientes:

Dentro de la obligación solidaria el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. No obstante, en la práctica laboral resulta aconsejable plantear la demanda frente a todos los deudores solidarios, para evitar el riesgo de que prospere una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Como se indicó, los deudores solidarios son el patrón y la empresa contratista contra los que debe dirigirse la pretensión.

En segundo lugar, la responsabilidad solidaria no es tanto un privilegio del crédito sino que sujeta al deudor del total de su patrimonio, respondiendo con sus bienes presentes y futuros. Ahora bien, la garantía del empresario viene

configurada por la propia empresa; por ello, al realizarse el contrato *outsourcing* la presencia del contratista dentro de la negociación es inminente dada su participación y contacto con los trabajadores.

Por último, la responsabilidad solidaria alcanza también las cuotas y prestaciones cuyo origen se desprende de la relación laboral, salvo que haya intervenido contrato anterior a la subcontratación o bien como complemento del mismo. Cabe afirmar que la responsabilidad del empresario principal se extiende a las empresas implicadas dentro de la subcontratación y no únicamente al inmediato superior o al primero de todos en donde alcanza a todos los contratistas de manera que llega a extenderse a los participantes intermedios utilizados por el contratista, incluso cuando el contrato se haya realizado con total desconocimiento de quien ocupa la posición de empresario principal.

Como se mencionó anteriormente el contratista al convenir con el empresario principal su intervención en la negociación de la empresa a través del contrato *outsourcing* asume toda la responsabilidad en el ejercicio de su labor frente a los trabajadores y demás agentes externos que involucran su actuar, ello se da al asumir facultades propias del patrón.

Ante la falta de cumplimiento del contratista, la responsabilidad se convierte en solidaria involucrando de esta manera al empresario principal como uno de los sujetos obligados a cubrir todas y cada una de las obligaciones presentes en la negociación empresarial, catalogándose de esta forma en deudor solidario con el contratista.

4. Responsabilidad Solidaria de las Obligaciones Laborales

La responsabilidad solidaria aplicada bajo el sistema *outsourcing* es aquella en que la empresa principal responde conjuntamente con el contratista respecto de

las deudas laborales que tenga con sus trabajadores. Para hacer efectiva la

85

responsabilidad solidaria el trabajador debe entablar la demanda en contra de su empleador directo y en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos.

El concepto de obligación laboral incluye a cualquier obligación derivada de la relación de trabajo, bien establecida en las normas heterónomas legales y colectivas que se proyectan sobre el contrato de trabajo. De esta forma, las obligaciones nacidas del contrato, las obligaciones nacidas de normas legales, las que traen su origen de convenios colectivos y las que traen su origen de pactos de empresa, de convenios extra-estatutarios o de otro tipo de instrumento colectivo son aquellas sobre las que se proyecta la responsabilidad solidaria.

La responsabilidad solidaria opera, fundamentalmente, sobre las obligaciones de naturaleza económica: así las obligaciones salariales, por conceptos extra-salariales, por cuotas voluntarias de Seguridad Social, por ayudas asistenciales o por compromisos sobre pensiones son las que con mayor frecuencia se reclaman ante los órganos jurisdiccionales.

Ante la presencia de un nuevo patrón adquirente de los derechos y obligaciones de la empresa su responsabilidad es reflejada en la medida de su participación desde los inicios de su titularidad donde el ahora ex patrón es responsable solidario con un plazo de hasta seis meses a partir del cese en su participación en la titularidad de la empresa tal como lo señala el artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo.

En relación con la supervivencia de la relación laboral debe señalarse que ante la existencia de modificar la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva de la misma no se extinguirá el contrato de trabajo, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, es por ello que ante el supuesto de la subrogación que cuando esta se produzca la relación laboral se presentará una continuidad respecto de los contratos subsistentes en el

momento de la transmisión.

86

Los derechos y obligaciones laborales nacidos con anterioridad a la transmisión se constituyen por la misma empresa, de forma que desaparecida la empresa del patrimonio del titular al transmitirla a un tercero, debe ser éste, en cuanto nuevo dueño de la empresa, el que siga respondiendo de las obligaciones de las que la empresa debió responder con anterioridad a la transmisión.

Este criterio tiene aplicación con carácter general respecto de cualquier tipo de obligación laboral si bien, adquiere especial relevancia en la materia de despido, de forma que el nuevo empresario debe asumir las consecuencias económicas que para la empresa se puedan derivar del despido del trabajador, que fue la causa de la extinción del contrato de trabajo y ello aun cuando el despido se produjera con anterioridad a la transmisión.

5. Responsabilidad Solidaria de las Obligaciones de Seguridad Social Nacidas anteriormente al Sistema Outsourcing

Cualquier elaboración doctrinal sobre la seguridad social en el trabajo se encuentra precedida por el bien jurídico que se pretende proteger: la vida e integridad física del trabajador, que se reconoce jurídicamente como un derecho fundamental. El bien jurídico protegido es el respeto a los derechos mínimos indispensables de los trabajadores reconocidos en disposiciones legales o contratos individuales y el sujeto activo es necesariamente un patrón. Sin embargo la seguridad social en el trabajo se conforma como un principio rector de la política social y económica que impone a los poderes públicos velar por la seguridad y es tal que el patrón tiene la obligación de proporcionar a los trabajadores el derecho a su integridad física y una adecuada política de seguridad social que debe suponer una protección eficaz.

El incumplimiento de la obligación de seguridad y salud en el trabajo por parte

del patrón, hállese tanto empresario principal o contratista, pone en

87

funcionamiento el sistema de responsabilidades que constituye una compleja maquinaria en la que las piezas básicas son la responsabilidad contractual y extracontractual, la penal, la administrativa y la correspondiente a la seguridad social, sin que se pueda prescindir de la responsabilidad disciplinaria derivada de la relación laboral. La particularidad en esta maquinaria es el establecimiento de la compatibilidad e independencia entre las distintas responsabilidades. Esta compatibilidad comprende la responsabilidad administrativa que se deriva del procedimiento sancionador por las indemnizaciones, por los daños y perjuicios causados, las prestaciones de seguridad social, así como el recargo de prestaciones económicas del sistema de seguridad social.

No obstante, la regulación de la responsabilidad por las obligaciones de seguridad social en los supuestos de *outsourcing* no resuelve la cuestión central de salvaguardar la vida y la integridad física y psíquica de los trabajadores.

5.1. Responsabilidad por las Cotizaciones

Debe observarse que la responsabilidad solidaria se produce en la puesta en funcionamiento del sistema *outsourcing* lo que provoca el cumplimiento de la obligación de cotizar respecto en los regímenes de seguridad social ingresando aportaciones del empresario y los trabajadores en su totalidad.

La responsabilidad de las obligaciones de cotización anteriores a la operatividad del sistema *outsourcing* conlleva en responsabilizar empresario principal; pero cuando es producido el funcionamiento del sistema *outsourcing*, este mismo patrón no responde de obligaciones posteriores a la misma por lo que se hace referencia a las prestaciones asumidas por el contratista donde su responsabilidad en este punto queda asentada respecto a la estipulación expuesta en el contrato *outsourcing* donde la empresa principal delega las

obligaciones de seguridad social al contratista quien a cambio percibe una

88

remuneración económica al encomendarse este tipo de obligaciones.

Ahora bien, cuando se presenta la obligación de ingresar la totalidad de las aportaciones del contratista y los trabajadores: el primero deberá descontar cierto porcentaje de los trabajadores en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, aportación que corresponde a cada uno de ellos, no pudiendo efectuar el descuento con posterioridad. Es evidente, que si el contratista no procede a dicho descuento, en su momento, será responsable de ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo. Sobre la responsabilidad se establece una solidaridad con el empresario principal de las aportaciones correspondientes donde el trabajador solo le interesa determinar la obligación de la seguridad social a cualquiera de los patrones existentes.

5.2. Responsabilidad por las Prestaciones

En orden a las prestaciones, el contratista responderá solidariamente con el pago de las retribuciones y prestaciones causadas antes de la puesta en funcionamiento del sistema *outsourcing*, si así se estipulo en dicho contrato, toda vez que antes de iniciar la operatividad propuesta por el contratista este mismo se sujeta a los pagos conjuntos con el empresario principal si acepta las condiciones de funcionamiento de la negociación.

Debe entenderse por prestaciones causadas aquellas que ya han sido reconocidas al trabajador y cuyo pago se ha imputado al empresario principal; en este caso responde el contratista de las prestaciones anteriores a la transmisión de las que sea responsable la empresa principal.

Por otra parte, la solidaridad se extiende tanto a las prestaciones como a los recargos de las mismas que se hayan podido determinar por el orden

jurisdiccional social; lo que resulta de aplicación para los recargos de prestaciones en accidente de trabajo y enfermedad profesional, cuando dichas

89

contingencias traen su causalidad ante el incumplimiento de normas de seguridad y salud social.

La responsabilidad solidaria en el ámbito de la seguridad social, de los trabajadores, reconocidos en disposiciones legales y contratos individuales, con la misma necesidad de pronunciamiento previo en el orden penal, se extiende a una responsabilidad solidaria a las obligaciones por cuotas y prestaciones nacidas de igual manera con posterioridad.

II. Responsabilidad en la Sucesión de Contratos, Sucesiones y Negociación Colectiva

La sucesión de contratistas o concesionarios en la actividad objeto de la contratación está condicionada al cambio de *outsourcing* cuando vaya acompañada por la transmisión de un conjunto de elementos organizados dotados de autonomía productiva. Ahora bien, es necesario aclarar que cuando se produce una sucesión de contratos *outsourcing* no hay transmisión de empresas sino extinción de una y comienzo de otra jurídicamente distinta, aunque el objeto de la empresa contratista sea el mismo. Como principio general cabe afirmar que no se produce la subrogación del nuevo contratista respecto de los trabajadores del anterior de manera automática, siendo preciso que dicha subrogación la imponga el pliego de condiciones o el contrato individual de trabajo.

El objeto de transmisión debe ser la empresa *outsourcing*, como organización productiva, y ello supone que deben transmitirse elementos del activo entendiendo que en determinadas actividades en las que la empresa funciona sin elementos significativos del activo material o inmaterial, la existencia de la transmisión no puede depender de la cesión de estos elementos, debiendo

atenderse, al hecho de que el nuevo contratista se haya hecho cargo o no de la

90

mayoría de los trabajadores en que la actividad descansa.

No obstante, se parte de la aplicación estricta del requisito de transmisión de elementos del activo ya que cuando no se transmiten los elementos infraestructurales de la organización básica empresarial o si el nuevo contratista no se hace cargo, hay que tomar en cuenta, y en determinadas actividades en las que lo básico es la mano de obra, a una parte esencial en términos de número y competencia de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento del contrato. Dicha obligación de asunción de personal sólo puede derivar en estos casos, bien del pliego de condiciones fundamentalmente de la negociación; es por ello que debe procederse al análisis de la negociación como instrumento normativo que produce el efecto subrogatorio y en qué términos lo hace.

Haciendo énfasis al efecto subrogatorio el mismo puede, en convenios aplicables en sectores de actividad, caracterizarse por la concurrencia de dos circunstancias: un grado alto de precarización del empleo y tratarse de actividades que no precisan de un gran soporte patrimonial, por ello, la existencia de este tipo de cláusulas se produce, básicamente, en actividades como la limpieza o la seguridad, en el que los elementos de activo material o inmaterial son escasos. Se trata de actividades que descansan, como se ha dicho en la mano de obra; sobre las cuales cabría preguntarse si podría configurarse como unidad económica un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera la actividad. La negociación que recoge este tipo de cláusulas es la negociación. Se trata del nivel idóneo de negociación pues se encuentra obligado el contratista, por cláusulas de un convenio de empresa, hacia las condiciones de aplicación del propio efecto subrogatorio.

De manera más concreta, son tres los requisitos típicos en los convenios que prevé la subrogación:

- A. Condicionar la subrogación a que el trabajador sobre el que opera tenga una determinada antigüedad en el puesto de trabajo.

91

- B. Fijar obligaciones de información a cargo de la empresa que ostentaba con anterioridad el contrato.
- C. La limitación del alcance de la responsabilidad empresarial.

Como se ha indicado, es muy frecuente, en primer término que se condicione el efecto subrogatorio a que el trabajador tenga determinada antigüedad. La exigencia de dicho requisito es constante en los contratos individuales propios del trabajador que establecen el efecto subrogatorio. En relación con esta cuestión, se plantean dos problemas conexos: la exigencia de una determinada duración de la prestación de servicios y otra correspondientes a los servicios prestados en el periodo inmediatamente anterior a la sucesión de los contratos y en el mismo centro de trabajo objeto de la contratación.

Cabe señalar que la exigencia de una determinada antigüedad suele referirse a haber prestado servicios durante un determinado periodo de meses en la contratación, explicándose la medida mensual por el carácter limitado en el tiempo de las contrataciones. A dicha exigencia se suele unir que la prestación de servicios se realice en el periodo inmediatamente anterior a la sucesión, exigencia que responde también a la lógica interna del mecanismo jurídico de transmisión de contratos; pensándose en actividades donde la mano de obra es fundamental.

Por último, también es frecuente que se produzca convencionalmente la exigencia de que se hayan prestado los servicios en el mismo local objeto del contrato. Dicha exigencia ha sido de análisis sobre la base de los siguientes criterios:

- A. Que las normas convencionales, al suponer una regla excepcional, frente a la no aplicación del efecto subrogatorio deben ser interpretadas restrictivamente, de ahí que, en supuestos en los que el trabajador ha interrumpido su prestación en la contratación, incluso para prestar

servicios en otra de la misma empresa, no se aplica el convenio que prevé la subrogación.

92

B. No obstante lo anterior, la interrupción debida a los periodos de descanso legalmente establecidos no supone la inaplicación de la cláusula subrogatoria.

En relación con el segundo requisito sobre las obligaciones de información cabe señalar:

A. Que es muy frecuente en la negociación se condicione el efecto subrogatorio al cumplimiento de la contratista sobre las obligaciones de información que dicho efecto opera (contratos, boletines de cotización, nominas, etc.).

B. Que en cumplimiento de la obligación de información de contenido esencial y no esencial puede configurarse como inexistente o errónea sobre elementos esenciales (la naturaleza del contrato) impidiendo la subrogación, no así, cuando la falta de información se produce sobre elementos no esenciales.

El régimen de responsabilidades se deduce de la regulación concreta establecida en el correspondiente convenio; cabe referirse a la limitación en el alcance de la responsabilidad empresarial donde resulta poco frecuente excluir la responsabilidad solidaria de la empresa entrante por las deudas pendientes en el momento de la subrogación. Una segunda cuestión es la responsabilidad en los supuestos de despido, y aun mas cuando se establece de forma expresa el carácter solidario de la responsabilidad; la primera precisión a hacer es que el contratista anterior es responsable por el despido producido con anterioridad a la transmisión y la empresa sucesora es responsable de la extinción del contrato operado con posterioridad; ahora bien, la responsabilidad debe ponerse en conexión con el cumplimiento por el empresario saliente de sus obligaciones de información, en el sentido de determinar la responsabilidad saliente y no de la

entrante, si aquella no ha cumplido debidamente con aquellas obligaciones de información, al menos en lo que hace referencia a los elementos esenciales del contenido de la misma (por ejemplo el carácter indefinido o temporal del contrato).

93

En último término debe hacerse referencia a la necesidad o no del consentimiento del trabajador para la eficacia del efecto subrogatorio. Es cierto que en los supuestos de transmisión de la empresa se prescinde del consentimiento del trabajador, no exigiéndose la aceptación de éste para la continuidad de la relación laboral. De no existir tal aceptación, la empresa saliente podrá extinguir el contrato por realización de la obra o servicio, supuesto de ser ésta la modalidad contractual utilizada o bien acudir al despido por razones objetivas, que en estos supuestos se identificarán como causas organizativas o de producción.

III. Fundamento y Justificación de la Responsabilidad Empresarial Derivada de la Contratación y la Subcontratación y su Responsabilidad Solidaria con la Seguridad Social

La responsabilidad de la *outsourcing* con respecto a las deudas de la seguridad social se extiende con el empleador directo del trabajador debido a que la seguridad social no interpreta la intervención de la empresa *outsourcing* como patrón sino que demanda al empresario cubrir las cuotas correspondientes de los trabajadores prestadores de servicios en su empresa de tal modo que el empresario principal, como uno de los puntos medulares del contrato *outsourcing*, solicita al contratista cubrir las obligaciones correspondientes que demande la seguridad social de modo que se trata de asegurar el cobro de los distintos tipos de deudas, extendiendo la responsabilidad desde el empresario que actúa como empleador del trabajador y que resulta ser primeramente obligado, hasta con otros que aparecen conectados con él por medio de determinados vínculos contractuales.

Dicha proyección de responsabilidades tiene su base en conceder una protección reforzada de los créditos laborales y de seguridad social evitando con

94

ello que mediante dudosas interposiciones dejen de ser cumplidas las obligaciones empresariales.

Se establece así una responsabilidad objetiva *ex lege*, inexcusable para tutelar tanto a los trabajadores como a la propia administración de la seguridad social, al objeto de que pueden también terceros interesados, bien sean las entidades gestoras o las mutuas, dirigirse contra empresarios que no son incumplidores pero que están vinculados con otros que si lo son. Y ello porque aparte de la figura de la contratación, en la que el empresario contratista se compromete a realizar una obra o servicio determinado para el contratante a cambio de un precio, y que acaso sea la forma más común de realizar la actividad de *outsourcing*, cabe fácilmente pensar en otras múltiples situaciones como es el cambio del contratista y los grupos de sociedades; en las cuales la empresa presenta la apariencia de una compleja estructura de actividad y relaciones concurrentes en un mismo o distinto centro de trabajo, donde se encuentran trabajadores contratados por distintos empresarios, unidos a la vez en un proyecto empresarial en común.

La regulación laboral de estos supuestos de responsabilidades, orientada a establecer una seguridad jurídica garantizada no ha optado por el procedimiento a delimitar el negocio jurídico a través del contrato que va referida a una relación contractual que materializa supuestos de *outsourcing* y que perfectamente admite la cooperación entre empresas donde el grado de reconocimiento alcanzado por el interés económico del *outsourcing* ha de combinarse con los aspectos sociales que persiguen reforzar la posición más débil de los trabajadores.

En materia laboral como también de seguridad social se contemplan situaciones

de responsabilidad solidaria o subsidiaria, en virtud de las cuales se amplía a terceros la responsabilidad, pero que provocan gran confusión por su falta de organización, quedando reguladas estas situaciones ya no solo de forma diversa, sino incluso contradictoria, lo que sin duda impide construir un sistema unitario y

95

coherente referente a la partición de responsabilidades, particularmente en materia de seguridad social. En definitiva, se deja de manifiesto que el ordenamiento legislativo de la subcontratación productiva de las empresas no ha sido capaz de adaptarse de forma eficaz a la necesidad de adecuar las exigencias de la globalización económica con la mejora de las condiciones de trabajo y el progreso de los trabajadores inmersos en las actividades de la empresa. Sobre todo, si se presenta el dato, extraíble de la realidad práctica, y claramente revelador de que, tanto en el sector de la construcción, como el de la comunicación o de servicios financieros, actúan cada vez mayor número de empresas que se viene dedicando a la subcontratación de servicios procediendo a contratar trabajadores sólo ante un encargo concreto, y en condiciones laborales realmente precarias de bajos salarios y amplias jornadas, ante las que surge la natural alarma de que este tipo de subcontrataciones pueda incluso terminar sustituyendo a las empresas oferentes de trabajos de carácter temporal. Parece lógico que el dueño de la obra o servicio y el encargado a la realización del mismo tengan que asumir la responsabilidad de dicha relación; es por ello que dentro del régimen jurídico de la contratación se deban de equilibrar los intereses en conflicto principalmente los del trabajador cuya posición se tiende a proteger, a la vez de garantizar un espacio de libertad jurídica al empresario a fin de posibilitarle la adopción de decisiones más adecuadas sin que se puedan quedar ignorados los intereses de la seguridad social.

Ante la existencia previa de una obligación; la imputabilidad de responsabilidades y su exigencia implica precisar con claridad el marco jurídico de las obligaciones de cada agente en la subcontratación que garantice la seguridad jurídica de la actuación profesional de los sujetos contractuales y los derechos de los trabajadores ocupados en la ejecución de las actividades

profesionales.

1. El Requisito de la Contratación y Subcontratación Corresponde a la Actividad de las Empresa Principal

La responsabilidad derivada del trabajo se ve envuelta en las contrataciones o subcontrataciones originadas por la intervención del empresario principal y el contratista con la intención de realizar obras y servicios determinados que corresponda a la propia actividad de ellos, es decir, una actividad productiva cuyos integrantes incorporen un resultado o producto final dentro del ciclo productivo quedando fuera la contratación de tareas no consustanciales a la actividad productiva de la empresa principal no pertenecientes al ciclo productivo, al tener el carácter de complementarias, accesorias o instrumentales, por más que puedan ser necesarias o convenientes para el desarrollo de aquella actividad.

Lo anterior resulta un tanto sistemático debido a la incorporación de tareas que precisamente no se involucran con el actuar de la empresa principal pero que de alguna manera pretenden coexistir así que pensar en actividades ajenas a la actividad principal eximidas de ser atraídas por el sistema *outsourcing* resulta irreal si se muestran trabajos como los referidos a la construcción, reparación y mantenimiento de las instalaciones de la empresa, promoción, comercialización, distribución, transporte, vigilancia y seguridad, limpieza, servicios de comedor y cafetería que pueden ser actividades inherentes al objeto principal de la empresa aunque se presentan de modo integrador en todo tipo de actividad empresarial.

Dentro de la contratación de obras o servicios determinados pertenecientes a la propia actividad de la empresa principal se puede pensar en admitir la posibilidad de considerar, pese a no estar prevista en la norma laboral, a las concesiones administrativas o la gestión indirecta de servicios públicos y su prestación por entidades o empresas privadas especializadas en proporcionar este tipo de

servicios.

2. Alcance y Contenido de la Responsabilidad Solidaria por las Obligaciones referidas a la Seguridad Social

Una vez fijada la responsabilidad solidaria del empresario-patrón de las obligaciones de naturaleza salarial y de las referidas a la seguridad social como lo señala el artículo 186 de la Ley del Seguro Social al contemplar una atribución de responsabilidad al hacer caso omiso de las mismas prestaciones que de forma indirecta fueron contraídas por los contratistas dando la posibilidad a los trabajadores y causahabientes a reclamar indistintamente a uno y otro empresario o de forma simultánea a ambos de manera que el pago de la deuda por el patrón libera a la empresa *outsourcing* de sus obligaciones salariales y de seguridad social, sin perjuicio de poder resarcirse a través de la subrogación. Tales deudas reclamables han de interpretarse en un sentido amplio que incluya toda obligación en esta materia, desde el abono de las cuotas o cotizaciones, hasta otras responsabilidades, como son las prestaciones cuyo pago recae en el patrón por incumplimiento del contratista de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y cotizaciones durante el periodo de la contratación; de tal forma que dentro del concepto de cuotas queden englobadas las cotizaciones a la seguridad social.

En una amplia interpretación de las deudas a la seguridad social la responsabilidad se presenta en las prestaciones de las que fuera declarado responsable el contratista por falta de afiliación, alta o cotización aunque sus efectos se prolonguen más allá del periodo de duración de la contratación con lo cual se conviene que el empresario principal responde de todas las prestaciones imputables al contratista frente a los trabajadores de modo que las cuotas exigibles mientras que en lo relativo a prestaciones de seguridad social, lo serán

aquellas cuyo hecho causante se produzca durante la vigencia del contrato independientemente de que sus efectos sobrepasen la de ésta.

Ahora bien, cabe hacer el cuestionamiento de si las obligaciones a las que debe

98

hacer frente el empresario principal han de ser exclusivamente las producidas durante la vigencia de la contratación, o si cabe también extenderlas a otras anteriores del empresario infractor y hasta si pueden abarcar incluso a las causadas en el año siguiente a la terminación del contrato *outsourcing*. El problema consiste en determinar el alcance de la responsabilidad cuando la contratación se ha extinguido quedando el empresario condenado al pago de una prestación periódica, de manera que referida específicamente a las prestaciones en el caso de una incapacidad temporal por el trabajador del contratista durante la vigencia del contrato que persistió finalizada esta se entiende que existe responsabilidad solidaria del empresario cuando sea responsable el contratista que fue contratado para la misma actividad del contrato principal, siempre que la incapacidad temporal que exceda del tiempo de vigencia de la contratación sobre la misma actividad traiga su causa en la enfermedad o accidente producido durante ella.

El deber del patrón es el de comprobar que sus contratistas estén al corriente en el pago de las cuotas correspondientes a las cotizaciones para la seguridad social durante la ejecución del contrato de empresa celebrado entre el patrón y la empresa *outsourcing* para así determinar los alcances de trabajo y responsabilidad al emplear trabajadores inmiscuyéndolos al sistema *outsourcing*. También es preciso tener en cuenta que se trata de un deber de comprobación de la situación administrativa del empresario aunque diferente del que asumen muchas empresas auxiliares dentro del sistema *outsourcing* de aportar mensualmente al patrón la justificación de haber liquidado sus cotizaciones.

Lo cierto es que no se encuentra prevista sanción o responsabilidad administrativa alguna para el incumplimiento de la obligación de comprobación

empresarial por más que resulte razonable que ante la ausencia de dicha solicitud por parte del empresario, tal liberación de responsabilidad no se produce precisamente para evitar así que el empresario pueda beneficiarse de dicha omisión por su parte con la cual a falta de previsión expresa en contrario cabe

99

sostener que el empresario podría prescindir del trámite de comprobación de la solvencia confiando totalmente en esta o también decidir correr el riesgo de contratar con un empresario envuelto en mora.

IV. Responsabilidad Subsidiaria de las Deudas con la Seguridad Social

La responsabilidad subsidiaria llevada a la aplicación al sistema *outsourcing* se define como aquella en que la empresa principal debe responder cuando el contratista o subcontratista, según el caso, no cumple con sus obligaciones laborales y de previsión social respecto de sus trabajadores. Para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria el trabajador debe demandar al contratista que es su empleador directo, y si éste no responde, el trabajador podrá demandar a la empresa principal.

Cuando un empresario haya sido considerado responsable total o parcialmente del pago de una prestación por incumplimiento en las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización, si la correspondiente obra o industria estuviera contratada, el patrón propietario responderá de las obligaciones del empresario si este fuera declarado insolvente, es decir, es necesario acreditar la insolvencia del empresario directamente responsable, que bien puede considerarse la característica esencial de esta responsabilidad lo cual impide dirigirse contra el responsable subsidiario hasta tanto no haya perseguido todos los bienes del deudor principal y este haya sido declarado insolvente.

Se trata, en efecto, de una responsabilidad subsidiaria del propietario de la obra, por responsabilidades derivadas del incumplimiento producido durante la

vigencia de la contratación que incumbe al empresario principal propietario de la obra o industria; quedan por lo tanto incluidos los propietarios de una actividad industrial dentro de la cual puede encuadrarse el contrato de *outsourcing*.

Esta responsabilidad tiene un carácter general que también puede aplicarse a

100

las contrataciones correspondientes a la propia actividad empresarial por sus límites de carácter temporal lo cual no puede hacerse efectiva la responsabilidad. Esto obliga a tener en cuenta que por más que haya quedado liberado el patrón de la responsabilidad solidaria, subsiste la responsabilidad subsidiaria demostrándose entonces que dicha responsabilidad juega como responsabilidad distinta y añadida a la solidaria. Por lo tanto la responsabilidad solidaria es propia de la empresa principal lo cual conlleva a que la responsabilidad subsidiaria deba hacerse efectiva siempre que la empresa contratista fuese declarada insolvente, igualmente al propietario o dueño de la obra, incluso pudiendo limitarse tan solo a encargar la realización de la obra para recibir después el encargo ya concluido.

1. Aplicación de la Responsabilidad Subsidiaria a la Contratación no correspondiente a la Propia Actividad de la Empresa

La responsabilidad subsidiaria no queda limitada a la contratación de la propia actividad del patrón sino es referente a cualquier tipo de contrato realizado por el empresario de la obra o industria con lo que se indica que dicha responsabilidad se da incluso en las contrataciones ordinarias al igual que aquellas no pertenecientes a la propia actividad del patrón, o también las que no se realicen con motivo de una actividad productiva, o las que no lleve a cabo un empresario otorgando la posibilidad de exigir la responsabilidad subsidiaria cuando no se trate de la misma actividad a la de la empresa contratista bajo un estado de insolvencia..

Dicha responsabilidad implica, para el contratista declarado directamente responsable, el pago de la prestación siempre que éste sea declarado insolvente

en cuanto al alcance de la responsabilidad del patrón por dicho endeudamiento del empresario *outsourcing*; la subsidiariedad de las prestaciones viene a extenderse a las cuotas de seguridad social del contratista correspondientes a los servicios prestados de acuerdo a lo estipulado en el contrato de *outsourcing* por

101

sus trabajadores, lo mismo que a las prestaciones básicas por incumplimiento de sus deberes de asegurar o cotizar por ellos. La responsabilidad subsidiaria de los empresarios que actúen en operaciones o celebren contratos que encubran otros de ejecución de obra o de prestación de servicios deberá alcanzar a las deudas con la seguridad social que cada uno genere por los trabajadores con contrato de trabajo durante la vigencia de esos contratos o de tales operaciones fraudulentas.

La responsabilidad de las prestaciones derivadas de accidente o enfermedad profesional producidos en relación a la seguridad y salud laboral contiene un carácter intransferible de la obligación implicando que sea el propio incumplidor quien deba asumirlo por tratarse de una deuda estrictamente personal; queda advertido que la actuación incorrecta del empresario principal podría convertirle en infractor de normas de seguridad respecto de los trabajadores de la empresa contratista y en responsable del pago del recargo de prestaciones contemplado en el artículo 186 de la Ley del Seguro Social de forma que la actuación negligente o incorrecta del empresario principal parece claro que puede no solo causar daños o perjuicios al trabajador de la contratación a través del sistema *outsourcing* sino también convertirse en causa determinante del accidente sufrido así para que no deba quedar siempre y en todo caso excluida su responsabilidad.

La obligación del patrón de responsabilizarse por los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales provocados por faltas a las medidas de seguridad deben determinarse si aquellos se producen por una infracción imputable a la empresa principal y siempre que éstas hayan tenido lugar dentro del área laboral al vulnerarse los parámetros de control e inspección en materia de prevención de riesgos laborales; en estos casos la responsabilidad del empresario se encuentra latente hacia la reparación del daño ante el incumplimiento de las obligaciones de

seguridad e higiene que deriva de las facultades de organización del centro de trabajo dentro de la producción. De manera que la empresa principal y el contratista responden solidariamente por el incumplimiento de las obligaciones impuestas en relación con los trabajadores que laboren en los centros de trabajo

102

del patrón, siempre que la infracción se produzca en dicho ambiente laboral donde la culpabilidad *in vigilando* de las dos empresas por falta de la adopción de medidas de seguridad este presente y no evite el riesgo laboral.

V. Responsabilidades de la Administración Pública en el Ejercicio de su Propia Actividad

La obra o el servicio objeto de la contratación han de corresponder a la propia actividad de la administración comitente en la que, en primer lugar, se traten de todas las actividades indispensables, específicas o inespecíficas, que una determinada organización productiva debe desarrollar para desempeñar sus funciones adecuadamente o bien, en segundo lugar, se traten de actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa principal pudiendo excluirse los servicios y obras de la finalidad productiva y de las actividades normales del comitente, así como las actividades complementarias y auxiliares no absolutamente esenciales para la consecución de los fines productivos. A diferencia de los empresarios privados, las administraciones públicas no realizan una sola o preferente actividad, sino una pluralidad de ellas, consecuencia a su vez de la pluralidad de funciones y ámbitos de actuación asignados a su competencia; por lo tanto toda actividad de la administración pública sería a estos efectos toda aquella realizada en ejercicio de las competencias y atribuciones que la norma atribuya expresamente.

Existen funciones inherentes a los poderes públicos que son absolutamente indisponibles en cuanto implican ejercicio de autoridad, por lo que el contrato

administrativo que adjudicara la gestión indirecta de un servicio sería nulo; lo cierto es que al mantenerse cierta discrecionalidad por parte de los poderes del estado, la administración pública estará recurriendo a la contratación de algunos servicios públicos de más que dudosa gestión privada. Excluidas estas funciones públicas la contratación administrativa puede tener cualquier objeto siempre que

103

su necesidad para los fines del servicio público sea justificable

La implementación del sistema *outsourcing* a las obras y servicios competencia de la administración pública debe perseguir la satisfacción del interés general, pero no todas las obras ni todos los servicios contratados se dirigen directa e inmediatamente a la satisfacción de ese interés público.

Ahora bien, ante la centralización del tipo de actividades que la administración pública ostenta como empresario principal, dentro del sistema *outsourcing*, existe la responsiva por parte del patrón en caso de incumplimiento con las obligaciones pactadas.

La responsabilidad solidaria evita que la contratación de actividades productivas redunde en perjuicio de los derechos laborales y sociales de los trabajadores que, si bien dependen de modo directo del contratista, llevan a cabo su labor en interés último del empresario principal, por lo que también a éste corresponde garantizar su plena efectividad. Como se ha mencionado, la solidaridad permite al acreedor exigir el cumplimiento íntegro de las obligaciones a cualquiera de los deudores solidarios por separado o simultáneamente a todos ellos, en cuyo caso se produciría una situación de litisconsorcio pasivo necesario entre los empresarios implicados en el proceso de la subcontratación. La administración comitente y el contratista responderían solidariamente de este modo de las deudas salariales contraídas por el contratista con los trabajadores durante la vigencia de la contratación con exclusión de las percepciones económicas de

naturaleza extrasalarial y de los llamados salarios en trámite. Con idéntico límite temporal, también responderían de las obligaciones de seguridad social alcanzando la solidaridad en este ámbito a las deudas por cuotas o cotizaciones devengadas respecto de los trabajadores que ejecutan el encargo y por prestaciones derivadas de la falta de afiliación, alta o cotización durante la vigencia de la contratación, a menos que el empresario principal hubiera obtenido

104

certificación alguna donde se acredite el cumplimiento de las obligaciones al inicio de la contratación. En la ejecución del contrato por parte del contratista, ya sea de manera total o parcial, y ante al incumplimiento del mismo será acreedor a una responsabilidad solidaria con respecto a las obligaciones en materia de seguridad social donde la administración comitente responde sin perjuicio de las acciones que pudiera ejercer frente al contratista incumplidor.

La exigencia al contratista de la prestación de garantías, a fin de asegurar la ejecución del contrato, constituye una de las peculiaridades más acusadas de la contratación administrativa. Durante la vigencia del contrato dichas garantías responden de las obligaciones derivadas del mismo, de los gastos originados a la administración por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y de los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo.

Se atribuye al empresario principal la responsabilidad administrativa solidaria de las infracciones muy graves cometidas por el contratista al ocupar como trabajadores a beneficiarios de pensiones y otras prestaciones periódicas de la seguridad social cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta con carácter previo al inicio de la actividad. También se considera imputable dicha responsabilidad al empresario principal cuando los trabajadores ejecuten el encargo en uno de sus centros de trabajo, donde sólo en ese caso cabría negligencia en el cumplimiento del deber de vigilancia y control de que los trabajadores dados de alta y destinados formalmente en el contrato la lleven a cabo.

En los contratos de índole administrativo-laboral el vínculo lo perfila la propia administración, en otras palabras, el contratista se adhiere a las condiciones administrativas previstas en las cláusulas del contrato; así atendiendo a la relación contractual entre la administración pública y el contratista, las condiciones generales y particulares que definen los derechos y obligaciones asumidas por las partes dentro del contrato, perfeccionándolo con la propuesta de

105

trabajo y la adjudicación de la labor a realizarse. Las condiciones particulares de este tipo de contrato definen el objeto y el precio del negocio jurídico incluyendo las especificaciones para poder proceder posteriormente con su adjudicación y puesta en marcha.

Las condiciones administrativas tiene fuerza de ley para la administración comitente y su contratista, pero no para los terceros implicados cuyos derechos, puestos eventualmente en juego en el transcurso de la relación contractual, deben quedar protegidos desde la rama del ordenamiento jurídico que los regula; tal es el caso de los trabajadores del contratista encargados de ejecutar la contratación donde interviene el derecho del trabajo y la seguridad social. La concertación del vínculo lleva implícita una infiltración de derecho laboral necesario, cuya imperatividad limita tanto la autonomía de la voluntad, en el caso de las contrataciones privadas, como la potestad de la administración para determinar el contenido de los contratos administrativos en lo que se refiere a las responsabilidades en materia de obligaciones laborales y de seguridad social. La autoexoneración de responsabilidad incorporada en las condiciones administrativas es equivalente a hacer depender la aplicabilidad de una norma imperativa de la voluntad unilateral de la parte obligada a cumplirla, lo que no puede ser admitido en ningún caso.

Las administraciones públicas pueden concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las normas y principios superiores del ordenamiento jurídico.

En materia de prevención de riesgos laborales, la administración pública tiene la consideración de empresario respecto de sus empleados y también la tiene, en calidad de comitente principal, respecto de los trabajadores de sus contratistas, por lo que asume idénticas obligaciones que tienen los empresarios privados al externalizar sus servicios, y en caso de incumplirlas, queda sujeta a las mismas responsabilidades administrativas, civiles y penales. A diferencia de las obligaciones de naturaleza salarial y de seguridad social, las obligaciones

106

específicas en materia de seguridad social y salud en el trabajo de la empresa principal que contrata su actividad son propias, compatibles y compartidas con las obligaciones que corresponden al contratista como patrón de sus trabajadores. Se trata fundamentalmente de obligaciones informativas, de cooperación y de vigilancia referidas a la prevención de riesgos laborales.

Si la contratación se ejecuta en un centro de trabajo de la empresa principal tanto el comitente y el contratista asumen el deber de coordinar las medidas de prevención y protección, así como el de informar sobre las mismas a sus respectivos trabajadores. En cuanto al titular del centro de trabajo, el comitente asume adicionalmente el deber de proporcionar a los contratistas información sobre los riesgos existentes en dicho centro de trabajo y las medidas de protección y emergencia adoptadas para hacerles frente, cuyo incumplimiento, al igual que el de las anteriores obligaciones, genera responsabilidad administrativa por infracción grave o muy grave cuando se trate de actividades reglamentarias consideradas peligrosas o con riesgos especiales. De contratar obras o servicios correspondientes a su propia actividad, el comitente ha de vigilar además el cumplimiento por los contratistas para la prevención de los riesgos laborales debiendo, en su caso, responder solidariamente de las infracciones de éstos en relación con los trabajadores ocupados en los centros de trabajo de la empresa principal. Cuando la ejecución de la obra o del servicio contratado no se realice en el centro de trabajo de la empresa principal, pero los trabajadores utilicen maquinaria, equipos, productos, materia primas o útiles proporcionados por el comitente, éste debe informar al contratista sobre la utilización correcta de dichos

instrumentos o útiles de trabajo de acuerdo con las instrucciones proporcionadas por los fabricantes, importadores o suministradores de dichos útiles. De no hacerlo, incurrirá en responsabilidad por infracción leve o grave atendiendo a la mayor o menor trascendencia para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados.

La inobservancia de las normas de protección de la seguridad y la salud en el

107

trabajo puede dar lugar a responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados, que sería exigible a la administración comitente por culpa extracontractual en caso de infringir sus propias obligaciones u operar de modo negligente al no vigilar el cumplimiento por su contratista para prevenir los riesgos de trabajo. No obstante la naturaleza de dicha responsabilidad, el orden jurisdiccional competente para determinar su alcance sería el contencioso-administrativo, no pudiendo ser demandada la administración por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. Y si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante también podría deducir frente a ellos su pretensión ante los tribunales contencioso-administrativos.

El incumplimiento de alguno de los deberes preventivos de la administración comitente que guarde relación de causa-efecto con el accidente sufrido por un trabajador del contratista infractor de la normativa sobre seguridad laboral puede dar lugar a una responsabilidad conjunta y solidaria de ambos empresarios respecto de las prestaciones económicas derivadas del accidente o la enfermedad profesional producidos durante la vigencia del contrato.

CAPITULO 4

CONTROL DEL SISTEMA OUTSOURCING, CRECIMIENTO DESMEDIDO Y ALTERNATIVAS A LA SUBCONTRATACION

Ahora se determinarán la regulación en el Derecho Laboral en México y su derecho comparado con legislaciones que aun tienen presente la figura de la subcontratación mas detallada. Ejemplos de un modelo de contrato y empresas exitosas que emplean la subcontratación para su labor cotidiana.

I. Regulación del Sistema Outsourcing en México y Derecho Comparado

Al igual que en los demás contratos empresariales como el franchising²⁰, el underwriting²¹ y el swap²², el *outsourcing* no se encuentra regulado en la mayoría de las legislaciones, siendo pues un contrato atípico. Esta atipicidad conlleva, en

20 Es el contrato en virtud del cual, una de las partes, llamado franquiciante, otorga licencia a un comerciante independiente, denominado franquiciado, con el objetivo que éste venda productos de su titularidad, en base a un manual operativo entregado, y abonando el franquiciado una retribución por este privilegio, más una regalía sobre grandes ventas. El contrato de "*franchising*" es una nueva modalidad de contratación comercial generadora de relaciones económicas y laborales, aún no legislada en nuestro ordenamiento jurídico, pero que se va incorporando como un contrato atípico, limitado por los principios de licitud y buena fe que tienen las relaciones contractuales (arts. 1137 y 1198, Cód. Civil) y regido por las reglas de la autonomía de la voluntad (art. 1197 Cód. Civil), que permite a las partes regular ciertas necesidades de realidades contractuales socioeconómicas que preceden al estado de reconocimiento legal.

21 Es una operación por la cual un banco o una sociedad financiera otorga prefinanciamiento a la sociedad emisora sobre la suma que representa el total o parte de los valores a emitir: acciones o debentures, pagando un precio menor al valor nominal de cada documento, los cuales colocará posteriormente por un precio mayor.

22 El swap "es un contrato mediante el cual ambas partes acuerdan intercambiar flujos de efectivo sobre un cierto principal a intervalos regulares de tiempo durante un periodo dado". Aún así existen casos de swaps utilizados sobre los tipos de cambio, tasas de interés, índices accionarios o bursátiles, etc.

109

el sistema *outsourcing*, una libre estipulación de las condiciones contractuales evadiendo los requerimientos mínimos señalados por la ley laboral con el pretexto de evitar algún conflicto que afecte el éxito de la empresa principal.

La situación anterior provoca la discrecionalidad de las partes para determinar si el contrato de *outsourcing* sostiene una excelente marcha y si fueron oportunas las estipulaciones realizadas por cada uno de los participantes del contrato de acuerdo a sus más allegados intereses empresariales.

1. Ordenamiento Jurídico Mexicano

El sistema de subcontratación se regula en los artículos 12 al 15 de la Ley Federal del Trabajo señalando la existencia de una responsabilidad de carácter solidaria para los sujetos que se encuentren entre los supuestos legales enmarcados siendo esta la forma de determinar los grados de ilicitud concernientes al mal actuar del patrón en torno a la empresa y por consiguiente con los trabajadores inmiscuidos dentro del sistema de la subcontratación.

El artículo 12 establece el concepto de intermediario, definiéndolo como la persona que contrata o interviene en la contratación de otra y otras para que presten servicios a un patrón. Esto quiere decir que obtendrá la categoría de intermediario la persona física o moral cuya labor es la de allegar otra persona, a quien se le denominará trabajador, o fungir como un contacto en la contratación para otra persona física o moral denominada patrón, a cambio de una

remuneración económica y así impulsar la negociación de empresario principal con ánimos de lucro.

El artículo 13 contempla qué empresas no serán consideradas como intermediarias sino como patronos, y establece:

110

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

Ahora bien el hablar de elementos propios suficientes es correlativo al uso de bienes, materiales e instrumentos necesarios como también la existencia de una subordinación de trabajadores bajo la dirección de una persona física o moral para llevar a cabo un trabajo o bien impulsar una negociación capaz de prevalecer dentro de una actividad productiva con liquidez y viabilidad económica.

Partiendo de la definición de intermediario del párrafo anterior un intermediario solo participa como un contacto, es decir como el nombre lo indica, solo interviene en allegar de trabajadores, independientemente de si estén o no capacitados o bien tengan o no las características laborales adecuadas, a un patrón y así quien interviene se lleva una remuneración económica por lo que de esta manera finalizaría su participación al desligarse de cualquier tipo de relación laboral con los trabajadores.

Por otro lado, si una persona física o moral contrata a cierto número de trabajadores para la realización de una obra o servicio determinado a través de elementos propios suficientes destinados en beneficio de un tercero mediante una remuneración económica, entonces, es acreedor de una responsabilidad de

carácter solidaria con el patrón en caso de incumplimiento de las relaciones laborales con los trabajadores y por lo tanto se le considerará de tal forma como patrón al compartir sus funciones de dirección, supervisión y vigilancia. El contratista es quien llevará en marcha la relación laboral ofreciendo determinado número de prestaciones al trabajador incluyendo un salario pero con la única diferencia de que laborará dentro de la negociación de la empresa principal o bien

111

patrón quien por lo regular estipula en pagar cierta remuneración económica al contratista para así cubrir los emolumentos propios y del trabajador.

El artículo 14 establece:

“Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta ley y de los servicios prestados.

Los trabajadores tendrán los derechos siguientes:

I.- Prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento; y

II.- Los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores.”

Al interpretar este precepto puede asumirse la existencia de una responsabilidad del empresario que contrata a un intermediario quien allegará al primero de trabajadores a cambio de una remuneración económica y así cumplir con las obligaciones que exija el nacimiento de la relación contractual. Con relación a los derechos de los trabajadores presentes en los dos apartados anteriores el primero denota una identidad en las prestaciones equiparándolas en relación a la

contratación a través de un contrato outsourcing y una contratación a través de un contrato de trabajo cuyos elementos personales son el patrón y el trabajador, excluyendo de esta manera la intervención de un contratista y tomando como origen de la relación contractual un contrato colectivo de trabajo o bien limitándose al contrato individual de trabajo; la segunda fracción hace la aclaración sobre la remuneración económica habida por el intermediario de ser solventada a través de

112

estipulación expresa únicamente con el empresario-patrón prohibiendo de esta forma solventar esa misma retribución a través de los salarios de los trabajadores.

El artículo 15 establece:

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

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

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

Este artículo indica el estado del contratista al ejecutar obras o servicios para así mismo o bien para otra empresa pero sin contar con elementos propios suficientes para ejecutarlos; entonces de acuerdo con la primera fracción existe una responsabilidad solidaria entre la empresa beneficiaria y la empresa contratista al

vulnerar las obligaciones contraídas con los trabajadores; la segunda fracción correlaciona una proporcionalidad de las condiciones laborales entre los trabajadores contratados directamente por el patrón principal y los trabajadores subcontratados por la empresa contratista; así entonces se determinará esa proporcionalidad de acuerdo con los distintos tipos de salarios existentes en las áreas geográficas del país y también de determinadas circunstancias que influyan en las condiciones de trabajo.

2. Ordenamiento Jurídico Extranjero

Países como Italia, Estados Unidos y la mayoría de países latinoamericanos han enfocado sus esfuerzos a regular los beneficios laborales de los trabajadores dentro del sistema *outsourcing*, como tema de interés de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sin fijar algún lineamiento encaminado al sector empresarial que no sea en beneficio del trabajador.

En la India se encuentran la mayor cantidad de empresas dedicadas al *outsourcing*, pues muchas compañías estadounidenses y británicas han delegado actividades como *call center*, *telemarketing*, soporte técnico, administración de datos, *software*, *e-learning*, animación, arquitectura, atención en salud y servicios financieros; no obstante, India carece de una ley específica que regule al contrato de *outsourcing*, rigiéndose entonces por sus normas de derecho internacional privado, cuyo principio fundamental señala: *Proper law is the law which the parties have expressly or impliedly chosen, or which is imputed to them by reason of its closest and most real connection*²³. La jurisprudencia hindú complementa la laguna del derecho, considerando que las partes pueden someterse tanto a las normas del derecho hindú como al derecho del territorio que ellos crean conveniente, y que, a falta de pacto, se regirán por las leyes hindúes.

Suiza es un ejemplo digno dentro de la regulación del sistema *outsourcing* porque regula el contrato mediante la Circular de la Comisión Federal de Bancos

sobre la *extenalisation d'activités* promulgada en el año de 1999 normatividad que resulta meritoria pero sectorial al restringirse en el ámbito bancario.

23 TRADUCCION.- la ley apropiada es la ley que las partes han escogido expresa o implícitamente, o aquella que le puede ser imputada en razón del lugar donde tengan una más amplia conexión.

En ella se legisla la definición de *outsourcing*, la aplicación territorial para el caso de los grupos de empresas y sus sucursales en Suiza, las actividades que pueden delegarse, las medidas de previsión, la responsabilidad del empresario *outsourcing* frente a la entidad financiera, la supervisión estatal, la seguridad en el encargo de la tecnología, el secreto profesional y la información de los clientes. Respecto a la forma del contrato, la mencionada Circular determina que debe ser celebrada por escrito, y que, en sus cláusulas, será obligatorio citar las condiciones que están contempladas en la referida Circular, En su anexo se enumeran las actividades que estarán supervisadas por la Comisión Federal, tales como el comercio y la administración de valores, el control del tráfico de pagos y billetes, los sistemas de tecnologías de información, la gestión de riesgos, la administración de base de datos y contabilidad, los recursos humanos, la logística, el funcionamiento de tarjetas de crédito, el control de cartera y la consejería jurídica y fiscal.

A continuación se analizarán artículos de las legislaciones en materia laboral relacionados con el sistema *outsourcing* tanto de la república presidencialista del Perú como también de la monarquía parlamentaria de España:

En el Perú no existe legislación específica e integral en torno al contrato de *outsourcing*. Solo se cuenta con dos alcances normativos en el Reglamento de la

Ley de Intermediación Laboral, el cual resulta inexacto que un reglamento contemple esta regulación otorgándole menor importancia a su ley.

Artículo 4.- De la tercerización de servicios.

“No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia conforme al artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa OUTSOURCING y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas

115

por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos, o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.”

Este precepto señala los alcances de la intermediación laboral contractual, limitando la participación del intermediario a ciertas actividades no involucradas íntegramente en el proceso productivo de la negociación del patrón. En caso contrario la realización de actividades relacionadas con el proceso productivo serán consideradas propiamente realizadas por un contratista o subcontratista si se llevan en práctica contando con elementos propios suficientes como recursos financieros, técnicos o materiales y además se establezca una relación de subordinación con los trabajadores.

Artículo 6.- Subcontratación (outsourcing).

“La empresa es responsable y debe verificar que se mantengan las características de seguridad de la información contempladas en la presente norma, incluso cuando ciertas funciones o procesos críticos puedan ser objeto de una subcontratación, Para ello se tendrá en cuenta lo dispuesto en la primera disposición final y transitoria del Reglamento. Asimismo, la empresa debe asegurarse y verificar que proveedor del servicio sea capaz de

aíslar el procesamiento y la información objeto de la subcontratación, en todo momento y bajo cualquier circunstancia.”

Lo mencionado anteriormente refleja que el legislador tan solo trata de establecer un control en las tecnologías de la información relacionadas a una subcontratación. Cabe indicar una incorrecta equiparación de la subcontratación con el Outsourcing aclarando que el primero es producto del segundo a través de un contrato generador de una contratación fragmentada al no unirse los elementos integradores de una relación de trabajo dentro de las condiciones normales de empleo, elementos tales como aguinaldo, seguro, participación en las utilidades de las empresas, prima de antigüedad, prima vacacional, etc.

116

Por otro lado, la Tercera Disposición Transitoria complementa la secuencia normativa de la legislación peruana al señalar:

“TERCERA.- En los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza civil se provean trabajadores para desarrollar labores que correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de iniciación de labores en dicha empresa.”

Este artículo sanciona la cesión ilegal de trabajadores mediante la incorporación del trabajador cedido el grupo de trabajo de la empresa contratista. La implementación de esta aclaración en un artículo transitorio tendría que formar parte de una misma norma preferentemente en una sucesión de artículos y facilitar su interpretación sistemática.

En España se contemplan los lineamientos que el legislador consideró adecuados para regular el sistema de contratación a través de la outsourcing en el que se establecen los alcances de responsabilidad de las empresas en caso de incumplimiento de las obligaciones de carácter laboral y en específico también de la seguridad social; mismos se encuentran incluidos dentro de la Legislación

Estatutaria de los Trabajadores en el Título Primero; Capítulo Tercero; Sección Dos; titulado “Garantías por Cambio de Empresario” y que a continuación se detallará al respecto:

Artículo 42. Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios.

“1.- Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá

117

librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Trascurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2.- El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la contrata con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo.

No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así con cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.”

Con respecto al artículo anterior la primera fracción además de señalar la existencia de una interrelación entre el empresario principal y un contratista o

subcontratista esclarece un medio de control para las empresas con fines fraudulentos cuyo propósito en muchos casos es el de fungir como empresario contratista de trabajadores de carácter temporal para así lucrar con los trabajadores con sus servicios y cuotas solicitadas por el defraudador sin definir los salarios y prestaciones para todos los sujetos prestadores de un servicio envolviéndose en un ambiente totalmente irregular para finalizar con su desaparición o extinción sin ser así advertido por las autoridades laborales. El fin de esta fracción es el colocar al contratista en el punto de exigirle el pago de las cuotas de la seguridad social a través de un órgano denominado Tesorería General de la Seguridad Social para así dar la certificación de ser una empresa autorizada por la autoridad administrativa laboral.

118

La segunda fracción indica la presencia de una responsabilidad de carácter solidaria compartida entre el empresario principal y la empresa que acepto la realización de las obligaciones establecidas dentro del contrato outsourcing denominado contratista o bien el subcontratista ante el incumplimiento de las obligaciones de naturaleza salarial y a las referidas con la seguridad social. El segundo párrafo de la misma fracción indica una exclusión a la responsabilidad solidaria cuando se justifique la realización del servicio u obra determinada sin fines empresariales situando como ejemplo al cabeza de familia que lleve a cabo la actividad respecto a su vivienda.

Artículo 43. Cesión de trabajadores.

“1.- La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2.- Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas

con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

3.- Los trabajadores sometido al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.”

La fracción primera del artículo anterior establece la posibilidad de traspasar a los trabajadores a otra empresa para prestar los trabajos de forma temporal para después incorporarse a la primera; en caso contrario la fracción segunda señala la injerencia de una responsabilidad solidaria producida ante el incumplimiento de las

119

obligaciones laborales infringidas como también de las responsabilidades a que hayan lugar.

Por último la fracción tercera abre un panorama alentador al trabajador involucrado en el sistema outsourcing cuando es víctima del tráfico prohibido en las fracciones anteriores dando como resultado la posibilidad de ser contratado como trabajador de condición fijo a su elección y en la empresa principal o contratista que desee adquiriendo así las prestaciones habidas como trabajador fijo y computándose la antigüedad a partir de que inicio la cesión del trabajador.

Artículo 44. La sucesión de empresa.

“1.- El cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior. Cuando el cambio tenga lugar por

actos inter vivos, el cedente, y, en su defecto, el cesionario, está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

2.- El cedente y el cesionario responderán también solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito.”

El artículo 44 de la legislación estatutaria de los trabajadores contempla una continuidad en la relación laboral entre el empresario sustituto y el trabajador quedando entonces el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones habidos con el empresario anterior. Posteriormente se está ante la presencia de una responsabilidad de carácter solidaria ante el incumplimiento de

120

las obligaciones laborales tanto del empresario anterior como del contratista o subcontratista, que en este contexto se les denomina cedente y cesionario, solo durante el plazo de tres años contados a partir de no ser satisfechas las obligaciones contractuales. La fracción segunda indica la presencia de una responsabilidad solidaria para el cedente y el cesionario en caso de incumplimiento posterior a la transmisión si la sustitución fue declarada como delito.

II. Instituciones que Crecen de Manera Desmedida

La conveniencia de implementar el sistema de subcontratación, por un lado, ofrece mayores beneficios y posiciones de competencia impulsando a las negociaciones a implementarse dentro de su aparato productivo y relacionando al éxito que promete incitando a nuevas empresas a optar por un sistema de contratación basado en el *outsourcing*.

1. Sector Empresarial

Un empresario con fines de iniciar una negociación y que puede considerar el uso del sistema outsourcing para mejorar sus intereses principales no toma en cuenta la posición del personal implicado porque opta en la mayoría de las veces en imponer la instrucción de implementar los sistemas outsourcing basándose en la falta de información que los trabajadores desconocen en primer término y además se les da a entender que es solo un nuevo tipo de contrato formulado hacia las necesidades de los mismos, de los directivos y de la clientela; induciendo de esta forma su aceptación o bien finalizando, como último recurso, a una indemnización poco alentadora desprotegiendo entonces la permanencia de un trabajo. A pesar del atractivo esquema de beneficios mostrados por la directiva de la empresa contratante los trabajadores, en presencia de ese cambio desalentador, culpan, como algo personal, al patrón catalogándolo como el antagonista de la estabilidad en el empleo

121

2. Actividades más Subcontratadas

Es importante subrayar que hasta el momento se ha tratado de forma conjunta las contrataciones de obras y de servicios, existen diferencias funcionales entre ambas figuras que pueden llegar a adquirir una importancia significativa y que se inscriben en un conjunto de fenómenos relacionados en la actual subcontratación de las relaciones económicas, evidentemente las contrataciones de servicios presentan unas características propias, determinantes de que en este ámbito se produzca una más amplia zona entre la contratación bajo los esquemas normales de empleo remunerador y la subcontratación de trabajadores cuya cesión de los mismos hacia un ambiente laboral distinto del contratante inicial se presenta bajo la figura de patrón si se ejercen trabajos con los elementos suficientes para llevar a cabo la obra o servicio específico. Estas particularidades presentes sobre todo en algunas actividades desarrolladas por empresas de servicios, merecen una consideración específica a los efectos de buscar otro indicio que permita un funcionamiento seguro de estas empresas en el mercado.

Los criterios expuestos aptos para aquellas empresas que actúan en el sector industrial pueden ser poco operativos en el sector servicios en el que las empresas solo requieren para el desarrollo de sus actividades productivas y de ejecución de su objeto social, contar con una estructura material muy simple y elemental por lo que puede cuestionarse si la gestión de una actividad con medios de funcionamiento personales no da lugar a una empresa distinta de la común que requiere de un tratamiento jurídico diferenciado. Sectores como limpieza, seguridad y vigilancia plantean serios problemas desde un punto de vista de la violación de la prohibición general del traspaso de trabajadores, por cuanto los medios materiales productivos necesarios son mínimos para el desarrollo de la actividad empresarial y la conexión de los elementos técnicos y personales de las actividades de las empresas contratistas y contratante es mayor que para la realización del servicio es indispensable el envío de los trabajadores a la organización del cliente.

Evidentemente si la empresa contratista únicamente aporta una parte de los medios necesarios para la ejecución de la obra o servicios habrá de sopesarse la relevancia de lo aportado por cada uno de los dos sujetos, de modo que la aportación de capital, maquinaria y medios del comisionista ha de ser siempre prevalente respecto de la empresa principal. Y por lo tanto en esta última el valor de los medios organizativos y productivos aportados por la empresa principal solo puede ser marginal y accesorio respecto a aquellos aportados por la comisionista.

En atención a la naturaleza de los servicios prestados, así cuando estos son de limpieza, vigilancia o seguridad, se advierte una tendencia a su consideración como verdadera contratación prescindiendo de la concurrencia y aplicación de los elementos materiales del activo de la organización empresarial de la empresa outsourcing. Este tipo de actividades vienen siendo las más utilizadas sin incurrir dentro de la propia actividad principal de la empresa del patrón. Aunque de la misma manera no deja de ser indispensable su presencia por lo que se convierten en las actividades más subcontratadas y a la vez más problemáticas debido a la

demanda con la cual cada una de ellas es ocupada por personas sin la necesidad de exigírseles un determinado nivel de preparación académica y profesional, orillando cada vez más la ocupación de estos puestos de trabajo con un salario remunerador que en si es ridículo.

Por otro lado la problemática a nivel empresarial, es decir, con mayor interés para el patrón es el hablar de actividades altamente especializadas como puede ser el sector informático o las empresas de *management* o *engineering* cuyos sectores ofrecen una gran variedad de actividades, la mayor parte de ellos catalogados dentro de los arrendamientos de servicios, aunque ello no significa que en algunos casos puedan encontrarse más próximos a contratos de ejecución de obra cuando su objeto consista en un resultado concreto. Así por ejemplo las empresas de *management* pueden ofrecer desde la gestión integral de la empresa cliente a concretas operaciones de consulta y asesoramiento profesional para un problema específico; los contratos de *engineering* también pueden presentar distintos contenidos en función de las necesidades de la empresa principal desde

123

servicios de consultoría o asesoramiento, contratos para elaborar un estudio técnico, económico, supervisión, a contratos de *engineering* más próximos a contratos de ejecución de obra, pues su objeto consiste en un conjunto de operaciones complejas que llevan una dirección integrada; por ultimo no menos importantes son los contratos informáticos en virtud de los cuales la empresa contratista autoriza la utilización de un programa de software de la que es titular a cambio de una retribución o desarrollo, mejora o mantiene el software adquirido por la empresa principal. La verdadera problemática que presentan estas actividades radica en que, por lo general, no requieren del empleo de maquinaria y bienes materiales, sino de una aplicación de trabajo técnico de elevado nivel.

III. Realidad del Sistema Outsourcing

Actualmente en México se han importado modelos de administración que en principio funcionan, ya que las empresas prefieren dejar en manos de terceros la administración de su personal, considerando que eliminan la carga administrativa su control. Esta práctica está al filo de lo legal ya que originalmente no se han considerado algunos artículos y principios constitucionales.

Ha sido una constante en las empresas buscar que sus cargas administrativas se reduzcan. En algunos casos, motivadas por aplicaciones muy estrictas de las leyes de la materia, por ejemplo, la Ley del Seguro Social. En ella se establece que todas las empresas se encuentran clasificadas de acuerdo con su actividad en una clase determinada, existiendo cinco clases con tres grados cada una de ellas. Por ejemplo con la prima de riesgos de trabajo en la industria de la construcción se cotiza en la clase V. normalmente grado alto. Pero, estas mismas industrias tienen áreas técnicas que originalmente estarían catalogadas como “servicios técnicos”, por lo que les correspondería pagar en la clase I.

Dado que la misma ley establece los casos de pago en grado mayor, entonces las empresas subsidiarias que les proveerán de servicios, con lo cual se obtenían

124

diferentes registros patronales y, por consiguiente, una reducción en el pago de aportaciones por riesgos de trabajo. Esta práctica se fue extendiendo al considerarse que se obtenía un beneficio económico y no se afectaba al trabajador.

Originalmente el *outsourcing* fue concebido como una herramienta administrativa estratégica que se fundamenta en la contratación de especialistas externos para el desempeño de funciones distintas a la razón de ser de la empresa, entonces esa herramienta convalida su incorporación en las empresas constituyendo una herramienta administrativa más. Sin embargo, en las áreas de recursos humanos se ha incorporado esta figura como una forma de desplazamiento de las gerencia de personal o de control de personal.

Se señala que mediante esta figura se obtendrá la disminución de gastos legales y responsabilidad de la empresa ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), INFONAVIT, Secretaria del Trabajo y Previsión Social (STPS), Secretaria de Hacienda y Crédito Público, etc., al evitar auditorias, multas, recargos, embargos, demandas legales, administrativas y laborales, ya que la empresa *outsourcing* absorberá estas contingencias legales y administrativas. Incluso se menciona que el gasto de nomina se hace 100% deducible, ya que el IVA facturado puede ser aplicado o, en su defecto, devuelto. Además de que se contara en todo momento con personal que pueda reemplazar al personal ausente, ya sea por faltas o por incapacidad.

La situación real es diferente, ya que normalmente las empresas contratan al personal con el que van a operar a través de una filial creada por la misma empresa, con el propósito de dar apoyo en la administración. Aquí, es conveniente señalar que el artículo 12 de la Ley Laboral, considera que es intermediario la persona que contrata o interviene en la contratación de otra y otras para que presten servicios a un patrón, entonces existe la responsabilidad solidaria.

Ahora bien, si la empresa *outsourcing* tiene bienes suficientes para responder de sus obligaciones ante los trabajadores se le va a considerar como patrón; en caso

125

contrario, la empresa en donde labore el trabajador será solidariamente responsable de las obligaciones, ya que es la beneficiaria de los servicios prestados. Por lo que es inexacto que quien contrate a una empresa *outsourcing* queda exenta de responsabilidad administrativa o laboral. Esto es importante, ya que al contratarse el citado *outsourcing*, las empresas no prevén el pasivo laboral contingente por lo que al surgir un evento de responsabilidad no se cuenta con los recursos necesarios para hacerle frente, situación que en ocasiones lleva a la desaparición de las empresas.

Si bien se considera que en este tipo de contratación se disminuyen los costos administrativos ya que el cálculo de la nomina, la emisión de recibos, el pago de los impuestos, manejo de bancos y en general, el manejo de todo lo administrativo

se realiza por terceros, los cuales funcionan como departamento de recursos humanos externo e incluso realizan reclutamiento y selección de personal.

Realmente es atractivo el planteamiento realizado a una empresa sobre la inexistencia de problemas con su personal, pues lo podrá despedir libremente, también contará con la posibilidad de contratar a empleados temporales para cubrir temporalidades, incapacidades o proyectos determinados, sin restricción alguna, ofreciéndose el manejo sin problemas de su personal.

Las *outsourcing* no acatan el principio de estabilidad en el empleo, consignado en la Ley Laboral, esto se puede realizar por las empresas ya que los trabajadores firman contratos en donde aceptan que su patrón es la *outsourcing* y que ésta los comisiona a trabajar en un determinada empresa, pudiendo en todo momento señalarle que a partir de un día determinado debe presentarse a laborar con otro patrón; con lo cual acaba la estabilidad en el empleo consignado en la Ley Federal del Trabajo.

El artículo 25 de la Ley Laboral contempla que al señalarse las condiciones laborales en el escrito inicial denominado contrato de trabajo se indicarán el lugar o lugares donde se llevará a cabo la relación laboral y que en sentido contrario la empresa *outsourcing* establece la posibilidad de prestar el trabajo personal

126

subordinado en cualquier sitio a discrecionalidad. En el contrato se deben de establecer el lugar o los lugares en donde se laborará, no como se acostumbra el patrón a modificar unilateralmente el contrato al indicarle en un momento determinado al trabajador que se deberá presentarse en otro lugar para trabajar, lo cual no se había estipulado originalmente. Esto es, las condiciones de trabajo deben establecer en el contrato y las partes no pueden variarlas unilateralmente, ya sea en horario o lugar al planteamiento de interposición de una demanda laboral.

Este planteamiento se confirma con la siguiente tesis jurisprudencial:

CONDICIONES DE TRABAJO, SU MODIFICACION EN FORMA UNILATERAL ES CAUSAL DE RESCISION DEL VINCULO LABORAL. Una armónica interpretación de los artículos 51 fracción IX y 134 fracción IV de la Ley Federal del Trabajo, permiten establecer que frente a las obligaciones que tiene el trabajador para realizar las actividades contratadas en términos del artículo 134, consistentes en ejecutar el trabajo con la fuerza, atención y dedicación que se requieren para su mejor realización, tanto en la manera, lapso y sitio pactado, por ello, surge el derecho a que el sujeto pasivo del nexo laboral, observe igualmente esas circunstancias en la recepción de los servicios del trabajador, esto es, atento al pacto celebrado, nacen prerrogativas y deberes recíprocos de los contratantes, que no pueden ser modificados o soslayados unilateralmente, con afectación de los derechos del diverso sujeto del convenio, pues de existir esta, surgen causas de rescisión del vinculo laboral, hipótesis que se actualiza cuando el patrón, sin el consentimiento del trabajador modifica una o varias de las condiciones del trabajo, atento que el contrato de trabajo, obliga a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad, según lo prevé el artículo 31 de la Ley Federal del Trabajo, por lo tanto, es de concluirse que si la patronal varia unilateralmente la jornada de labores, el trabajador puede legalmente rescindir el vinculo laboral, pues se trata de causas graves y de

127

consecuencias semejante en lo que al trabajo se refiere, dado que el trabajador solo está obligado a prestar el servicio en la forma y términos convenidos.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DEL TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Véase: *Semanario Judicial de la Federación Octava Época, Primera Parte, Tomo XIV, julio de 1994, página 506, tesis VI. 2º 30 L, de rubro: "CONDICIONES DE TRABAJO. VARIACION DE LAS POR EL PATRÓN, SIN*

CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR, ES CAUSA DE RESCISION DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Novena Época Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo: VII, Octubre de 1998 Tesis: II.T.30 L Pagina: 1116”.

La *outsourcing* va en contra también de la libre sindicalización ya que los trabajadores no pueden emplazar a huelga a la empresa beneficiaria de sus servicios, pues de hacerlo la empresa *outsourcing* que los contrato podría rescindirles el contrato, aduciendo que son sus trabajadores. Si hay una huelga tampoco pueden unirse con los trabajadores huelguistas, ya que para los efectos de la misma no serian considerados como trabajadores.

Respecto de la seguridad social se puede presentar un problema, ya que la *outsourcing* normalmente se registra en el capitulado de riesgos de trabajo, en la clase I de grado medio. Sin tomar en cuenta en qué clase se encuentra la receptora de los trabajos, lo cual podría ocasionar que al presentarse un riesgo de trabajo en su calificación el Instituto Mexicano del Seguro Social le finque a la empresa receptora de los trabajos un capital constitutivo.

Por otra parte el reparto de utilidades no tiene cabida en las *outsourcing*, derivado de los servicios prestados a una empresa determinada, aunque si se tendría derecho al reparto de las utilidades que se general en la propia empresa *outsourcing*.

Aquí se observa la violación a los principios protectores del reparto de utilidades que se consignan en la Ley Laboral debido a que la empresa contratante no considera como “sus trabajadores” a los que les envía la empresa *outsourcing* y aunque hayan laborado más de sesenta días, no les paga reparto alguno. Si les

pagara, entonces estos trabajadores deberían ser considerados como trabajadores normales y, por lo tanto, con los mismos derechos que los demás trabajadores siendo innecesaria entonces la figura del *outsourcing*.

Se incumple también con las normas protectoras del salario, ya que el Artículo 100 de la Ley Laboral indica que el salario se debe pagar directamente a los trabajadores. En la práctica la empresa *outsourcing* recibe el salario de los trabajadores de la empresa-patrón con los descuentos correspondientes, al menos con cinco días de anticipación, y es la propia empresa contratista quien elabora otros recibos y les paga a los trabajadores, ya sea directamente o mediante pago electrónico bancario. Restando del pago que recibe de la empresa su comisión ya pactada con la empresa principal.

En caso de que la empresa principal no enviase la nomina a la empresa contratista, entonces, no se les pagaría a los trabajadores y por lo tanto se actuaría de acuerdo al artículo 15 de la Ley Laboral obligando al patrón y a la empresa contratista al cumplimiento de la responsabilidad solidaria producida en la medida del beneficio adquirido sin descartar a las multas administrativas y procedimientos penales que puedan darse ante el mismo incumplimiento.

IV. Propuestas y Opiniones

Una de las propuestas que esta investigación plantea es el agregar una denominación a este tipo de trabajadores dentro de la legislación laboral mexicana aludiendo a la denominación de los trabajadores que prestan sus servicios a través de un contrato individual de trabajo o bien a través de un contrato colectivo de trabajo; catalogándolos como trabajadores de confianza y de base o bien de acuerdo a la temporalidad de la relación laboral a través de un contrato temporal o por medio de un contrato por honorarios. La denominación de

trabajadores subcontratados causa un desequilibrio en la igualdad de los trabajadores ante la ley, pero a pesar de las practicas de subcontratación presentes y ante la realidad laboral del país es necesario informar a la persona prestadora de un servicio que dentro del tipo de relación laboral existente a la que va pertenecer se le haga sabedora de antemano sobre las condiciones laborales que influyen al pertenecer a este tipo de contratación descartando así la permanencia y el error de ubicarse en alguna de las categorías o denominaciones enmarcadas en la ley laboral, y es necesaria la aclaración para así descartar los derechos destinados a cada uno de los trabajadores fuera de los ahora figurados en el ordenamiento jurídico laboral.

El hacer uso de una contratación disminuida a través del sistema de *outsourcing* conlleva a presentar una normalización de las condiciones laborales en que se va a dar marcha a la subcontratación de servicios en donde las partes estipularan sus principales intereses y formas de trabajo ante los trabajadores que formen parte de la subcontratación.

A continuación se presentara un modelo de contrato *outsourcing* para así iniciar los lineamientos de la subcontratación de los trabajadores. Cabe aclarar que primero se ubican los lineamientos de trabajo entre la empresa principal o empresa cliente y la empresa *outsourcing* o empresa contratista antes de establecer las condiciones de trabajo entre la empresa principal y la empresa *outsourcing* donde ahora los trabajadores se ven envueltos bajo esos términos.

130

El contrato outsourcing celebrado entre los empresarios debe contener:

Artículo 1. Alcances

El contrato de outsourcing es aquel acuerdo de voluntades mediante el cual una empresa principal encarga al *contratista* la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirán la realización de su actividad principal.

Artículo 2. Requisitos

El contrato de outsourcing, para un mejor manejo de los lineamientos deberá constar en escritura pública o reconocimiento legal ante fedatario público y expresará cuando menos, bajo sanción de nulidad:

- A. La denominación del *contratista*, indicando el número de su documento oficial de identidad.
 - B. La denominación de la empresa principal, indicando el número de su documento oficial de identidad y su objeto.
 - C. El plazo del contrato y la fecha de entrada en vigencia.
 - D. La actividad que realizará el *contratista* o durante la vigencia del contrato, indicando las tareas específicas.
 - E. Las responsabilidades asumidas por el *contratista*, así como los plazos en los que se deberá cumplir las tareas específicas.
 - F. Directrices y reglas para la gestión del servicio transferido, junto con una descripción de las responsabilidades de cada directivo clave. Además, se deben preverse desacuerdos por ambas partes en cuanto a la dirección y se creará un marco para tratar con dichas situaciones.
- 131
- G. El conocimiento que la empresa principal está transfiriendo al *contratista*, es decir el secreto industrial incluyendo de ser el caso la cláusula de confidencialidad.
 - H. Los bienes de la empresa principal que el *contratista* necesitará para la realización de su actividad. Una descripción detallada, con todas las explicaciones técnicas, de todos los servicios afectados por el acuerdo, tanto los transferidos como los retenidos.

- I. Las condiciones en que el *contratista* brindará la capacitación necesaria a los trabajadores de la empresa principal para la realización de su labor conforme a los intereses de la empresa, de ser el caso.
- J. Los trabajadores de la empresa principal que se van a delegar al *contratista*.

Podrá contener, además, los pactos lícitos que las partes contratantes estimen convenientes y que coadyuven a la ejecución del contrato de *outsourcing*.

Artículo 3. Deber de información.

El *contratista* deberá informar periódicamente, según lo pactado, a la empresa principal de las tareas realizadas en ejecución del contrato de *outsourcing*.

Artículo 4. Protección del *Know-How* (Secreto Industrial).

El *contratista* deberá mantener en reserva el *know-how* de la empresa principal durante la ejecución del contrato de *outsourcing* y posteriormente a su extinción, de manera indefinida. La inobservancia de esta obligación conllevará una indemnización por daños y perjuicios a favor de la empresa principal.

Artículo 5. Deber de cautela

El *contratista* deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias para evitar que alguno de sus trabajadores emprenda un negocio similar al efectuado por la empresa principal, aprovechándose del *know-how* de ésta. En todo caso, el daño causado por el trabajador del *contratista* origina la responsabilidad solidaria pasiva de dicho trabajador y del *contratista* frente a la empresa principal.

Artículo 6. Plazo para la renovación

Salvo pacto en contrario, el plazo de preaviso para renovar el contrato de *outsourcing* será el considerado por las partes.

Artículo 7.- Condiciones de Pago.

El servicio al que se refiere el contrato de *outsourcing* y el cargo que se efectuará por ese servicio deben determinarse detalladamente, con claridad y sin ambigüedades, junto con la fecha de comienzo y, si ésta fuera diferente, la fecha en el que comenzarán los cargos. Los procedimientos de facturación y los términos del acuerdo deberán figurar claramente, junto con cualquier acuerdo que permita aumentos en los cargos durante el periodo del contrato, con una explicación detallada del índice de inflación y otras bases sobre las que se realizan los aumentos. En ocasiones esto es necesario para calcular el pago en las primeras etapas, cuando la cantidad de trabajo que debe llevarse a cabo es, por el momento incierta. Esta situación suele paliarse con la inclusión de una cláusula que detalle cómo y cuándo deben corregirse las discrepancias.

Es probable que, independientemente de lo cuidadosa que haya sido la planificación del acuerdo, durante la duración del contrato sea conveniente que el proveedor del servicio realice servicios adicionales para los que originalmente no

está autorizado. Esta situación debería preverse con la inclusión en el contrato de una fórmula mediante la que pueda calcularse el pago por estos servicios.

Normalmente, el proveedor deseará incluir una cláusula en la que se pida que los gastos se abonen dentro de un periodo específico, a la vista de los impresos y recibos importantes de gastos. Dichos gastos serán principalmente aquellos en los que previamente ha incurrido el personal de la empresa, como los gastos de manutención y de viajes.

Artículo 8.- Derecho de Inspección.

Es necesario que el cliente visite las instalaciones e inspeccione los diferentes elementos de trabajo a intervalos durante el periodo del acuerdo.

Artículo 9.- Propiedad Traspasada.

El trabajo se llevará a cabo en las instalaciones que ya posee el contratista, para así asegurar las medidas de seguridad razonables. Si se realizan las actividades en la empresa principal deberá incluir las modificaciones tendientes a realizarse en las instalaciones.

➤ **Modelo de Contrato.**

Conste por el presente documento privado el CONTRATO DE *OUTSOURCING* que celebran las personas jurídicas que seguidamente se indican:

1. Distribuidora de Lácteos y Derivados S. A., identificada con Registro Único del Contribuyente núm. 20015631081, con domicilio en Avenida de la República No. 148, Colonia Tabacalera, Delegación Cuauhtémoc, México D.F. empresa

134

identificada con Documento Nacional de Identidad núm. 23272725, según Poder que consta en la Ficha núm. 5541 del Asiento 3-D del Registro Federal de Contribuyentes, a la que en adelante se le denominará LA EMPRESA PRINCIPAL.

2. SISTEMAS LOGÍSTICOS LATINOAMERICANOS S. A., identificada con Registro Federal del Contribuyente núm. 20354576580, con domicilio en la Avenida Rivera Navarrete 201, Colonia San Isidro, Delegación Venustiano Carranza, México D.F. y debidamente representada por su gerente general Julio

Pinto de la Piedra, identificado con Documento Nacional de Identidad núm. 27279098, según Poder que consta en la Ficha núm. 3287 del Asiento 2-A del Registro Federal de Contribuyentes, a la que en adelante se le denominará CONTRATISTA.

El presente contrato se celebra en los términos y condiciones contenidos en las siguientes cláusulas.

➤ **ANTECEDENTES**

PRIMERA. LA EMPRESA PRINCIPAL es una empresa que tiene como objeto social la producción de alimentos lácteos.

SEGUNDA. EL CONTRATISTA es una empresa que tiene como objeto social la distribución de alimentos y, en general, el manejo logístico de cadenas de distribución minorista de productos.

TERCERA. El presente contrato deriva de la licitación realizada con fecha 11 de junio de 2007, donde participaron siete empresas y en la cual EL CONTRATISTA demostró capacidad y eficiencia con otras empresas especializadas en la rama de alimentos lácteos, al obtener la máxima calificación de cinco empresas participantes. Este contrato se adecua a los términos, los requisitos y las condiciones expresados en la respectiva convocatoria.

135

➤ **DEFINICIÓN**

CUARTA. Tanto LA EMPRESA PRINCIPAL como EL CONTRATISTA expresan que, en concordancia con el tipo de actividad de *outsourcing* que en este contrato se expresa, el mismo es definido internacionalmente como "*knowledge proceses outsourcing*" y bajo esa práctica comercial está expresada.

➤ **OBJETO**

QUINTA. Por el mérito del presente contrato y de conformidad con la voluntad de las partes, LA EMPRESA PRINCIPAL encarga AL CONTRATISTA la tarea de distribución de pedidos, una vez obtenida la *pick in list* del día, en todo el Distrito Federal y Zona Metropolitana.

➤ **TERMINOLOGÍA**

SEXTA. Entiéndase que los términos expresados en este contrato tienen el siguiente significado:

1. *Pick in list*: Lista de distribución que contiene un completo detalle de todos los pedidos, en cuyo legajo está la simulación (previsión de la venta) de cuántos ítems se venden, sus componentes, los materiales y otros artículos, con la especificación de la región, delegación, entidad federativa, municipio, ciudad, y unidad a la que pertenece.

2. *Ítem*: Unidad materia de la venta.

3. *Turno*: Momento en el que se solicitará el producto al área de abastecimiento.

4. *Promedio*: Cantidad de unidades que se venden de cada producto.

136

5. *Abastecimiento*: Cantidad de veces en que se solicita el producto al almacén.

6. *Inventario*: Control cíclico.

7. *Zonificación*: División efectuada por LA EMPRESA CLIENTE para la distribución en el área nacional.

8. *Despacho*: Cuantificación de los pedidos que serán repartidos por cada unidad móvil..

9. *Región*: Cuadrante geográfico determinado por LA EMPRESA CLIENTE.

➤ **PLAZO**

SÉPTIMA. El plazo de este contrato es de siete años contados a partir de suscripción del mismo, al vencimiento del cual EL CONTRATISTA deberá hacer entrega a LA EMPRESA PRINCIPAL de todos los documentos confidenciales de ésta. En el caso que alguna de las partes desee renovar el contrato, deberá informarlo a la otra de forma expresa dentro de un periodo de seis meses, especificando los términos y condiciones de su oferta. Asimismo, con un comunicado por escrito no menor a seis meses, cualquiera de las partes podrá resolver el contrato expresando las causas que imposibilitan la continuación del mismo, sujetándose a lo previsto en la cláusula octava.

➤ **RESOLUCIÓN**

OCTAVA. LA EMPRESA PRINCIPAL se reserva el derecho de resolver el contrato por incumplimiento de alguna de las cláusulas expresadas en el presente contrato. La resolución proveniente de lo dispuesto en la cláusula séptima no

eximirá a quien ejerció la facultad resolutoria de cualquier obligación posterior resultante de las obligaciones contraídas en el presente contrato, así como tampoco extingue la posibilidad de exigir contra ella el resarcimiento de los daños y perjuicios que se hubiesen producido.

➤ **PRECIO Y FORMA DE PAGO**

NOVENA. LA EMPRESA PRINCIPAL recibirá de EL CONTRATISTA durante los últimos cinco días de cada mes, la retribución que éste cobrará a los clientes por los productos distribuidos, en las condiciones siguientes:

1. El costo por el envío de la mercancía es determinado por LA EMPRESA PRINCIPAL, en virtud de los correspondientes estudios de mercado, realizados por ésta.
2. El territorio que abarca el Distrito Federal y Zona Metropolitana de las cuales incluyen delegaciones, entidades federativas, municipios, ciudades, y unidades, todo lo cual es determinado por EL CONTRATISTA.
3. Los precios serán determinados conjuntamente por LA EMPRESA PRINCIPAL y EL CONTRATISTA, durante los cinco primeros días de cada mes y considerando la lejanía desde el punto de partida y el acceso al punto de llegada.

➤ **SISTEMA DE TRABAJO**

DÉCIMA. El sistema de trabajo se sujetará a las siguientes condiciones:

1. Cumplimiento de la orden. Todas las órdenes se cumplirán de acuerdo al *pick in list* aplicable a la fecha. Las cláusulas contenidas en este contrato se aplicarán a todas las órdenes.

2. Previsión. LA EMPRESA PRINCIPAL usará sus esfuerzos comerciales razonables para proporcionar un mecanismo de previsión acorde para solucionar futuras contingencias en la realización del encargo a EL CONTRATISTA para que éste pueda manejar la demanda del día.

3. Entrega y aceptación. La entrega y la aceptación sirven para los productos que EL CONTRATISTA debe transportar. El proceso para la entrega de productos será como se indica a continuación:

3. 1. Entrega. EL CONTRATISTA entregará los productos dentro de los cuatro primeros días posteriores de recibida el *pick in list*. Ante la imposibilidad de EL CONTRATISTA en todo o en parte, de entregar el pedido, notificará inmediatamente por escrito o por correo electrónico a LA EMPRESA PRINCIPAL. EL CONTRATISTA se ocupará de los costos que conlleven el transporte de la mercancía, costo que será cubierto mensualmente por LA EMPRESA PRINCIPAL.

3. 2. Aceptación. Una vez efectuada la entrega, LA EMPRESA PRINCIPAL cuenta con treinta días para inspeccionar y aceptar o rechazar la conformidad de la mercancía en cuanto a las especificaciones aplicables, teniendo en cuenta que:

a) La responsabilidad de EL CONTRATISTA se limita al daño efectuado en el empaque.

b) La responsabilidad por la ausencia de productos será determinada mediante un procedimiento de investigación celebrado de manera conjunta entre las partes.

c) La responsabilidad concerniente al defecto que provenga de la fabricación del producto corresponde a LA EMPRESA PRINCIPAL, la cual deberá sustituirlo.

Conforme al manual de procedimientos de LA EMPRESA PRINCIPAL, cualquier producto respecto al cual no se haya efectuado reclamo alguno sin que medie notificación al respecto se entenderá por aceptado.

➤ **ASISTENCIA TÉCNICA**

DÉCIMO PRIMERA. LA EMPRESA PRINCIPAL se obliga a brindarle al CONTRATISTA la asistencia técnica necesaria, dentro de lo que se incluye la

información sobre la forma de entrega de los productos, sus experiencias comerciales y los métodos utilizados con el personal técnico.

➤ **DELEGACIÓN DE PERSONAL**

DÉCIMO SEGUNDA. LA EMPRESA PRINCIPAL delegará a favor de EL CONTRATISTA a tres trabajadores, en calidad de personal técnico, para el cumplimiento de las labores especializadas materia de este contrato, cuyos gastos correrán por cuenta y a cargo de EL CONTRATISTA una vez producida la transferencia. Dichos trabajadores son los siguientes:

- A. ATILIO MONTENEGRO PAZ, identificado con Documento Nacional de Identidad núm. 22454341, el mismo que ocupaba el cargo de jefe de Distribución Minorista del Área de Logística.
- B. EDUARDO LAVADO FELIZ, identificado con Documento Nacional de Identidad núm. 27909800, el mismo que ocupaba el cargo del sub-jefe de Distribución Minorista del Área de Logística.
- C. ROBERT REGALADO GIL, identificado con Documento Nacional de Identidad núm. 21908766, el mismo que ocupaba el cargo de *controller* del Área de Logística.

DÉCIMO TERCERA. EL CONTRATISTA se compromete a asumir el pago de la remuneración y los beneficios sociales creados o por crearse de cada uno de los trabajadores indicados en la cláusula décimo segunda de este contrato. Por su parte, LA EMPRESA PRINCIPAL se compromete a instruir y adiestrar a los trabajadores de EL CONTRATISTA en los procesos y usos necesarios para el cumplimiento del objeto de este contrato.

➤ **SUPERVISIÓN**

DÉCIMO CUARTA. LA EMPRESA PRINCIPAL se reserva el derecho de supervisión de EL CONTRATISTA para comprobar la calidad de las prestaciones, la misma que podrá ser efectuada en cualquier momento con un preaviso de 24 horas.

➤ **DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL**

DÉCIMO QUINTA. Los derechos de propiedad intelectual derivados de este contrato y/o generados por la actuación de cada parte bajo el mismo constituyen una extensión de los derechos de propiedad intelectual de LA EMPRESA PRINCIPAL. Todos los derechos de propiedad intelectual que se posean o controlasen por LA EMPRESA PRINCIPAL al inicio del presente contrato permanecerán bajo su titularidad a lo largo del término de este contrato y surten efectos después del mismo.

➤ **RESPONSABILIDAD**

DÉCIMO SEXTA. EL CONTRATISTA asume los gastos generados por la negligencia y/o falta de previsión en el acceso a los puntos de la distribución, así como los gastos de cualquier evento resultante de caso fortuito o fuerza mayor, obligándose a responder por la entrega del bien o, en su caso, el bien sustituido por otro de iguales características.

➤ **INDEMNIZACIÓN**

DÉCIMO SÉPTIMA .EL CONTRATISTA indemnizará a LA EMPRESA PRINCIPAL y a sus socios, administradores y trabajadores por los daños y perjuicios irrogados, siempre y cuando sean determinados por la autoridad competente.

➤ **CONFIDENCIALIDAD**

DÉCIMO OCTAVA. EL CONTRATISTA está obligado a guardar la confidencialidad de los documentos que le fuesen confiados, así como los conocimientos y la información técnica, financiera y comercial que le fuesen comunicados por LA EMPRESA PRINCIPAL, incluyendo, sin limitación alguna, los nombres y la información de contacto de los clientes y los datos técnicos. La obligación prevista en esta cláusula se extiende por cinco años posteriores a la conclusión del presente contrato.

➤ **LEGISLACIÓN SUPLETORIA**

DÉCIMO NOVENA. En todo lo no previsto por las cláusulas de este contrato rige supletoriamente la legislación vigente en el Distrito Federal, especialmente el Código Civil para el Distrito Federal y en materia federal el Código de Comercio, en lo que fuese aplicable.

➤ **COMPETENCIA JUDICIAL**

VIGÉSIMA. Las partes contratantes declaran expresamente que, ante cualquier controversia derivada de la ejecución del presente contrato, se someten a la

En México, Distrito Federal, a los 26 días del mes de Diciembre del año 2010 se expiden tres ejemplares idénticos de este contrato, los mismos que son suscritos por las partes en señal de conformidad.

“SE HACE CONSTAR FIRMA DE LAS PARTES Y CERTIFICACION NOTARIAL RESPECTIVA PARA QUE SURTA SUS EFECTOS EL PRIMER DIA HABIL DEL SIGUIENTE AÑO”.

Por último es necesario indicar los alcances de la relación laboral entre el contratista y el trabajador subcontratado en un contrato que por lo general es el mismo que se emplea en la contratación de personal de determinada área o sector:

V. Esquemas de Subcontratación

Los sistemas *outsourcing* tienen mayor auge fuera del territorio nacional pero que de forma indirecta se involucra la nación mexicana con estas empresas y contratistas que han adoptado este sistema de contratación, en su mayoría de capital extranjero, al intervenir en la economía mexicana, cabe agregar que la misma está sostenida por capitales internacionales primordialmente con el principal socio comercial que son los Estados Unidos pero sin perder de vista a la nación China.

Ejemplo de ello son las siguientes empresas que han capitalizado sus estrategias financieras con apoyo de los sistemas *outsourcing* permitiendo mayor captación de recursos y una mejor especialización de sus actividades primordiales:

A mediados de los años noventa, IBM redefinió su esencia especializándose en la prestación de servicios y soluciones de *e-business*, investigación, diseño y arquitectura así como también la fabricación de semiconductores, Actualmente, ya

no fabrica hardware ni componentes informáticos, sino que los adquiere de sus contratistas. Con una estrategia logró revertir unas pérdidas de 8100 millones de dólares en 1993, llegando a alcanzar unos ingresos netos de 8090 millones de dólares en el año 2000.

ThinkHR, proveedor a través de *HR Outsourcing* y *HR Recruiting Services* a empleadores en toda el área de la Bahía de San Francisco, ha anunciado oficialmente la creación de *HR Assist*, la nueva línea de negocio de *ThinkHR*, *HR Assist* está enfocada en apoyar a aquellas compañías que trabajan día a día con las empresas HR, pero que ocasionalmente, necesitan apoyo extra, A diferencia de otros servicios de *Outsourcing* de bajo costo que proveen solamente un acceso remoto, esta nueva y económica solución combina periódicamente la asistencia on-line conjuntamente con soporte telefónico y *e-mailing*, además de acceder a *ThinkHR* y *HR Tools*.

Dell subcontrata manufactura a China, Taiwán e India donde al ser el segundo mayor fabricante de computadoras personales del mundo, anuncio en un comunicado que subcontratará más producción a compañías en Asia para bajar los costos y acelerar el lanzamiento de nuevos modelos.

La empresa *vantage* de *Epicor* al mercado de *outsourcing* donde la filial australiana de externalización de procesos de negocios *HPA* ha implementado el *ERP Vantage 8.03* de *Epicor* para reforzar sus procedimientos de negocio y sustituir sus antiguos sistemas de gestión. El *ERP* mejorará la eficiencia y automatizará el flujo del trabajo así como la integración de los sistemas de negocio y de producción. *Vantage* llegará a 275 usuarios de *HPA* y 200 colectores de datos en la planta de producción. *HPA* puede acceder ahora a un sistema completo de información, ofrecer una visibilidad completa de la información sobre el cliente y reduce el tiempo de los empleados en la gestión de proyectos.

DHL & Fujitsu renovaron su contrato de *outsourcing* logístico por cinco años más. *DHL* empresa de Courier y logística que lidera mundialmente en su rama, provee servicios de *supply chain* en Japón y ha extendido su contrato de

outsourcing logístico con *Fujitsu* por cinco años más. Este acuerdo es la continuación de una relación prolongada que se inició con la adquisición de *Fujitsu Logistics* en Junio de 2004 por *DHL*. Esta adquisición y contrato de *outsourcing* fue el primero de su tipo en el mundo de la logística de la industria de alta tecnología del Japón, en términos de escala y *scope* de servicios.

El Core Business de Golden Temple. La empresa de alimentación estadounidense *Golden Temple* ha firmado un contrato con el proveedor de servicios de gestión *outsourcing* para *ERP OneNeck* para hospedar y gestionar sus sistemas de gestión *Oracle E-Business Suite* en entorno *Microsoft Exchange*. La externalización de las tareas de gestión de la infraestructura *IT* permitirá a la empresa centrarse en nuevas estrategias para mejorar el servicio al cliente.

HP Morgan Stanley forman un acuerdo de *outsourcing*. Donde *Morgan Stanley* y *HP* han anunciado la firma de un acuerdo *TI* según el cual *Hewlett-Packard* gestionará las infraestructuras de *TI* de la entidad financiera, en España, durante los próximos cinco años. El acuerdo incluye la gestión, por parte de *HP*, de los centros de datos, los sistemas, las comunicaciones y los puntos de usuario de *Morgan Stanley*, la planificación e implantación de distintos proyectos de transformación y de un modelo de gobierno (oficina de gestión), así como la transferencia a *HP* de 18 personas que hasta ahora formalmente parte de la entidad financiera.

La reducción de costos con el *outsourcing* farmacéutico. Compañías de la industria farmacéutica continúan sus intentos para reducir costos y mejorar su eficiencia a través del *outsourcing* de varios procesos y servicios; ellas continúan incrementando nuevas áreas, especialmente la administración del área de fármaco vigilancia e historias clínicas.

Quien fuera, tal vez, la primera que inició este nuevo *outsourcing* en la industria fue el contrato celebrado entre *Bristol-Myers Squibb* y *Accenture* donde el trabajo está siendo realizado en la India.

Aumenta el *outsourcing* en Europa Occidental. Según un estudio de *IDC*, el mercado de servicios de *outsourcing* de sistemas de información en Europa occidental alcanzó los 32,700 millones de dólares en el 2006, lo que supone un incremento del 7.5%. Esta tendencia continuará hasta el 2011, aunque la madurez del mercado y las dinámicas cambiantes influenciarán las estrategias de salida de mercado y *outsourcing* de las empresas. Por otra parte, hay mucho debate acerca del *outsourcing* con muchas empresas y su aumento a medida que el año avanza. Según *IDC* la estrategia *mutisourcing* y el ahorro de costos a través del *offshoring* se seguirá manteniendo, pero el impacto de estas prácticas y su verdadero contrato están comenzando a salir a la luz.

China seguirá liderando el *outsourcing* en el 2010. En los próximos años, la industria mundial de la electrónica aumentará la carga de trabajo que deja en manos de otras compañías (*outsourcing* o externalización), especialmente en las de la India, quien registrará la tasa de crecimiento más rápida en el mercado, aunque no llegará a alcanzar las cifras de China, que se mantendrá como líder del sector. Actualmente, cerca de diez firmas especialistas de externalización de electrónica (entre ellas la taiwanesa *Hon Han*, *Flextronics* en Singapur, las estadounidenses *Sanmina. SCI* y *Solectron*, así como la finlandesa *Elcoteq*) hacen mayor parte del trabajo de grandes grupos como *Hewlett Packard*, *Cisco*, *Nokia* y *Sony*. Éstos, por su parte venden al consumidor final productos con su marca, si bien en la mayoría de los casos no colaboran con su producción física.

El sector empresarial cada vez, en mayor medida, actúa en favor de los sistemas *outsourcing* porque uno de los objetivos más buscados por todas las empresas es la mayor eficiencia al menor costo, sin dejar de lado los estándares de calidad y servicio al cliente.

El control de los gastos de operaciones y el acceso a mano de obra especializada de clase mundial hace que la empresa en cuestión fije una directriz de expansión, como el uso de tecnología y materiales de calidad, pudiendo compartir riesgos con la empresa contratista sin alterar su capital e inversión. La empresa se preocupa exclusivamente por definir la funcionalidad de las diferentes

áreas de su organización, dejando que la empresa contratista se ocupe de decisiones de tipo tecnológico, manejo de proyecto, Implementación, administración y operación de la infraestructura.

Sin duda, tanto el sector tecnológico, farmacéutico, de la construcción y aquellos con vías de crecimiento se dedican a buscar cual es el mejor sistema de *outsourcing* que pruebe ser la mejor respuesta para lidiar con la sola premisa que toda empresa persigue en su mercado, ya sea nacional o global, que es el referente a la competitividad con empresas que además del prestigio y calidad que ofrecen también disponen de la capacidad de disuadir los precios que en el propio mercado se demandan, de ahí la importancia de fijar una estructura de crecimiento productivo.

CONCLUSIONES

1. El *outsourcing* es un sistema de estrategia empresarial implementado por una empresa, con fines de expansión y competitividad, para facilitar las actividades relacionadas con su ciclo productivo a modo de evitar costos ajenos a su objetivo principal.
2. El *outsourcing* es proporcionado por un contratista quien asegura a la empresa principal mejores resultados a menores costos, los cuales se reflejan, dentro del derecho laboral, sin reconocimiento de las condiciones laborales de los trabajadores del contratista.
3. Las actividades más demandadas por el sistema *outsourcing* son: limpieza, vigilancia, ventas y distribución; estas crecen a pesar de no ser actividades vitales en el proceso productivo de la empresa porque no representan complejidad alguna en la capacitación de personal y reemplazo del mismo.
4. El contrato *outsourcing* constituye una pauta para interrumpir las relaciones laborales existentes considerando bajo la premisa de que la materia, origen del trabajo, sigue en pie y a la espera de ser realizada por un nuevo trabajador convirtiéndose de esta manera en un instrumento para efectuar reducciones de personal.
5. El trabajador subcontratado tiene derecho de recibir las mismas prestaciones laborales a las que reciba el trabajador que desempeñe la misma labor en la empresa beneficiaria.
6. En el sistema *outsourcing* los trabajadores no pueden organizarse en sindicatos debido a que las empresas contratantes impiden la formación de las condiciones necesarias tales como: limitar la contratación a un periodo

determinado, siendo hasta por un año, y no considerárseles propios de las empresas en donde posteriormente laborarán.

7. En el sistema de subcontratación las desventajas laborales, a las que se enfrenta el trabajador, son en orden a las prestaciones que obtendría dentro de una relación laboral como es la antigüedad donde al establecerse un periodo renovable de contratación la antigüedad se suspende al impedírsele la acumulación por establecerse, en casos comunes, la duración de un año de trabajo.
8. Otra prestación que no obtiene el trabajador contratado bajo el sistema *outsourcing* es la participación en las utilidades de las empresas donde la empresa principal desconoce como *propios* a los trabajadores contratados por la empresa *outsourcing* negándoles el derecho a tales participaciones.
9. Uno de los problemas en el que las empresas, tanto la principal como la contratista, se ven más comprometidas es respecto a las responsabilidades de carácter solidario, tal como lo enmarca el artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo, en el que la empresa principal desvirtúa su responsabilidad señalando no tener una relación laboral directa con el trabajador bajo la premisa de que no fue contratado directamente por la empresa principal, por lo que en la controversia entre el patrón y el trabajador existirá una responsabilidad solidaria entre las empresas principal y contratista porque las dos ostentan las funciones elementales que un patrón ejerce dentro de su actuar, tales como las facultades de dirección y vigilancia.
10. El sistema *outsourcing* no debe confundirse con una substitución del patrón; el primero propone la intervención de un empresario contratista para participar en las actividades empresariales actuando a su vez como patrón solidario y, por el otro lado, el hecho de substituir a un patrón indica la proliferación de un nuevo patrón aceptando los derechos y obligaciones que

la negociación demanda, inhabilitando a su vez la participación del patrón anterior.

11. La subcontratación se ha consolidado en muchos países por lo que cada vez está más presente en México por lo que a pesar de sus desventajas prácticas la tendencia es aplicar este sistema de contratación, lo que debe hacerse en estricto respeto al principio tutelar de la norma laboral así que su uso debe ser puesto en marcha sin dañar el sano crecimiento del trabajador y de su familia.

BIBLIOGRAFÍA

1. BENEIRA LOURDES ROLDÁN, Martha y Colon Gómez Julio, Tr. Las Encrucijadas de Clase y Género; Trabajo a Domicilio, Subcontratación y Dinámica de la Unidad Doméstica en la Ciudad de México. Coedición con: Fondo de Cultura Económica; Título Original: The Crossroads of Class Gender Industrial Homework, Subcon Cuadrs Grafs. Edit. El Colegio de México. México D.F. 1992.
2. BRICEÑO RUIZ, Alberto. Derecho de la Seguridad Social. Edit. Oxford University Press. Primer Edición. México. D.F. 2010.
3. CAVAZOS FLORES, Baltasar. Hacia Un Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Edit. Trillas. Segunda Edición. México D.F. 1994.
4. CHAPMAN, Jacqueline. Aprenda a Externaliza (Outsourcing): En Una Semana. Ediciones Gestión 2000. Primera Edición. Barcelona, España. 2005.
5. DÁVALOS, José. Derecho Individual del Trabajo. Edit. Porrúa. Cuarta Edición. México, D.F. 2006.

6. DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. Edit. Porrúa. Vigésima Edición. Tomo I. México, D.F. 2008.
7. DEL PESO NAVARRO, Enrique. Manual de Outsourcing Informático (Análisis y Contratación). Edit. Bosh. Segunda Edición. Madrid, España. 2003.
8. GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto. La Cesión del Contrato Administrativo. La Subcontratación. Edit. Civitas. Primer Edición Madrid, España. 1997.
9. GARRIDO RAMÓN, Alena. Derecho Individual del Trabajo. Edit. Oxford University Press. Primer Edición.. México, D.F. 1999.
10. MOLTO GARCÍA, Juan Ignacio. La Nueva Contratación Laboral; Los Contratos Temporales, El Trabajo a Tiempo Parcial y la Subcontratación de Servicios. Los Incentivos a la Contratación Indefinida. Edit. Montecorvo. Segunda Edición. Madrid, España. 1999.
11. WHITE, Robert y JEAMES, Barry. Manual de Outsourcing. Edit. Ediciones Gestión 2000. Segunda Edición. Barcelona, España. 2003

DICCIONARIOS

1. CHÁVEZ CASTILLO, Raul. Breve Diccionario de Amparo. Edit. Porrúa. Segunda Edición. México, D.F. 2008

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

1. CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Edit. Porrúa. México, D.F. 2010.
2. AGENDA LABORAL Edit. Ediciones Fiscales ISEF. Decima Séptima Edición. México, D.F. 2010.
3. AGENDA DE SEGURIDAD SOCIAL. Edit. Ediciones Fiscales ISEF. Decima Novena Edición. México, D.F. 2010.
4. LEY ESTATUTARIA DE LOS TRABAJADORES DE ESPAÑA. Edit. Ministerio de Trabajo Español. Madrid, España. 2010

HEMEROGRAFÍA

1. CORNEJO VARGAS, Carlos. Del Outsourcing a la Descentralización Productiva y a la Tercerización de servicios: Algunas Consideraciones Teóricas. Revista: ADVOCATUS. Vol. I. No. 14. Perú, Lima. 2006.
2. COMERCIO EXTERIOR. Tecnologías de la Información en la India: Subcontratación y Cúmulos. Revista: Comercio Exterior. Vol. 57. No. 8. México, D.F. Agosto 2007.
3. DOLORIER TORRES, Javier. Outsourcing y el Derecho del Trabajo. Revista: Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Año XIX. No. 58. Perú, Lima. Diciembre 2004.
4. DREZNER, Daniel W. El Fantasma Del Outsourcing. Revista: Foreign Affairs. Vol. 4, No. 3. México, D.F. Julio-Septiembre 2004.
5. ECHAIZ MORENO, Daniel. El Contrato de Outsourcing. Revista: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XLI. No. 122. México D.F. Mayo-Agosto 2008.
6. FERNÁNDEZ FLÓREZ, Eduardo. Outsourcing y Subcontratación. Revista Chilena de Derecho. VOLUMEN 21. No. 1. Santiago de Chile, Chile. ENERO-ABRIL 1994.

7. IBARRA YUÑEZ, Alejandro. Subcontratación e Inversión Mexicanas en Estados Unidos. Revista: Comercio Exterior. Vol. 48. No. 4. México, D.F. Abril 1998.

8. LÓPEZ DEL VALLE, Sergio. Estrategias del Outsourcing (Subcontratación). Revista Emprendedores. No. 63. México, D.F. Mayo-Junio 2000.

9. LÓPEZ DEL VALLE, Sergio. Tips Financieros. Estrategias de Outsourcing. Revista: Emprendedores. No. 64. México D.F. Julio-Agosto 2000.

10. MARTÍNEZ ZAVALA, Flavio, El Riesgo de Tener una Outsourcing. Revista de la Facultad de Contaduría y Administración UNAM. No. 23. México, D.F. AGOSTO 2004.

11. MARTÍNEZ ZAVALA, Flavio. ¿Cuáles son los Riesgos de Tener una Empresa Outsourcing?. Revista: Emprendedores. No. 116. México, D.F. Marzo-Abril 2009.

12. MAS SABATE, Jordi. Gestión Privada de Servicios Públicos: La Externalización (Outsourcing) en la Administración. Revista: Hacienda Municipal. Año 21. No. 74 Guadalajara Jalisco, México. Marzo 2001.

13. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. La Exportación de Empleo También Afecta a los Trabajadores No Manuales: La Subcontratación de la TI Se Globaliza. Revista de la OIT. No. 47. Ginebra, Suiza. 2003.

14. RODEA, Felipe. Outsourcing Sin Control. Periódico UNO MAS UNO crítico y veraz. Año 33. No. 11808. México, D.F. 11 de Agosto 2010.

15. ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. La Externalización de Actividades Laborales (Outsourcing). Revista: Revista de Ciencias Jurídicas. No. 102. San José, Costa Rica. Septiembre-Diciembre 2003.

MEDIOS ELECTRONICOS

1. En <http://www.prweb.com/releases/2007prweb529075.htm>. 22/11/2010 20:30 hrs.

2. http://www.wallstreet-inverdiones.com/?go_index&n=655phpsessid=isifd9s212a55f81p2_dmdikon1 23/10/2010 21:00 hrs.