

Implicaciones de la figura del *outsourcing* en los derechos laborales y ganancias de las empresas en México: un análisis comparado

Implications of the figure of outsourcing in the labor rights and profits of companies in Mexico: A comparative analysis

Salvador F. Ruiz-Medrano^{1*}

¹Departamento de Gestión y Dirección de Empresas, División de Ciencias Económico-Administrativas, Fraccionamiento I, El Establo, C.P. 36250, Campus Guanajuato. Universidad de Guanajuato. Tel: 7352900 Ext. 5515. Correo electrónico: salvador.rm@ugto.mx

*Autor de correspondencia

Resumen

El presente trabajo pretende ser una aportación en torno a la cuestión administrativa y la visión jurídica del outsourcing que se han venido implementado en nuestro país, frecuentemente llevadas a cabo de forma contraria a la filosofía de los fines buscados en dicha figura. A través de un análisis de derecho comparado de corte internacional, se busca identificar su implementación en el mundo y las propuestas de organizaciones como la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI).

Palabras clave: Outsourcing; derecho laboral; derecho internacional.

Abstract

This document is a contribution on the issues of management and legal vision of the outsourcing that this country has implemented. These visions are often opposed to the philosophy of the ends they seek with this figure. Through a comparative analysis, it is intended to locate its implementation, compared to the world and proposals by organizations such as the United Nations Industrial Development Organization (UNIDO).

Keywords: Outsourcing; labor law; international law.

Recibido: 9 de noviembre de

Aceptado: 24 de octubre de 2018

Publicado: 08 de abril de 2019

Como citar: Ruiz-Medrano, S. F. (2019). Implicaciones de la figura del outsourcing en los derechos laborales y ganancias de las empresas en México: un análisis comparado. *Acta Universitaria* 29, e1671. doi: <http://doi.org/10.15174/au.2019.1671>

Método

La metodología que se utiliza consiste en la búsqueda documental de fuentes primarias del derecho, análisis lógico-jurídico amén de escritos de carácter doctrinario que engloben las primeras premisas nacidas de la cuestión hipotética de: ¿Cómo se implementa el *outsourcing* en México? ¿Cuál es su fundamento legal? ¿Cómo se aplica en otros países en el orbe? ¿Existen tratados internacionales que traten el tema e intenten de armonizar conceptos y usos en torno a este?

Discusión

El fenómeno de la subcontratación u *outsourcing* en México engloba múltiples aristas que no permiten un análisis de corte lineal del problema, puesto que, por una parte, se observa desde un ámbito administrativo como una técnica que pretende mejorar la competitividad de las empresas a costa de la disminución de los beneficios sociales o conquistas laborales que se gestaron en el país en el periodo post revolucionario. Y, por otra parte, se trata de un problema jurídico donde la Ley Federal del Trabajo (LFT, 2012) lo engloba como una forma de subcontratación que, al contrario de lo que se utiliza en otros países, marca una pauta de protección de los trabajadores a través de implementar una responsabilidad solidaria entre quien contrata y la empresa que recibe los beneficios del trabajador. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de jurisprudencia, se ha decantado en establecer que existe una responsabilidad solidaria innegable cuando ha existido ese beneficio de la empresa contratista, dejando la carga de la prueba, en los casos de litigio, en manos exclusivas del patrón.

Este problema se ve acentuado a través de las reformas que se pretenden establecer a la Ley Federal del Trabajo, sin embargo y a raíz de la proximidad de las elecciones federales, se decidieron dejar de lado por el momento (Martínez, 2018), en donde se busca eximir de tal responsabilidad solidaria a las empresas que facilitan la subcontratación, aduciendo razones de orden económicas que facilitarían la contratación del personal y permitirían un despido relativamente barato. Estos cambios son compatibles con la tendencia internacional que busca abaratar el despido y permitir la presencia de contratos "basura" y con ello abatir los alarmantes índices de desempleo existentes en el mundo debido a una recuperación económica global que no acaba de cuajar.

Finalmente, se aborda que la subcontratación también puede ser vista como una técnica comercial en el ámbito internacional, donde se pone de manifiesto el papel preponderante que hacen los Tratados de Libre Comercio en este sentido. A través de la triangulación de las mercancías se obtiene un efecto muy similar al de la subcontratación. Esta técnica ha rebasado las fronteras de las empresas para ser vista como una herramienta internacional que puede influir en las decisiones comerciales de los países como una forma de proveerse de mercancías baratas manufacturadas en países con los que cuentan con Tratados de Libre Comercio, como es el caso de México.

Es así como nace la inquietud del presente estudio que busca brindar luz a este fenómeno mundial a través de sus disertaciones y opiniones sin perder de vista que como herramienta de carácter administrativa es bastante interesante en torno a la competitividad de las empresas, pero como elemento para la base de una política social y de empleo para un país, deja mucho que desear. Puesto que no hay que perder de vista que una cosa son las relaciones mercantiles y civiles que se pueden dar en el plano particular y otra son el uso de la fuerza de trabajo como un elemento del comercio; esta última no se puede manejar como un elemento alejado del hecho de que se trata de

personas. Por tanto, el Derecho Laboral, un Derecho eminentemente social, no puede ni debe regirse únicamente por los fines de lucro de las empresas, sino encontrar el justo punto medio entre lo que será el beneficio de la empresa sin la mengua de los justos beneficios sociales a los que toda persona tiene derecho por su trabajo. Sobre todo, porque existe una relación laboral asimétrica entre empleador y empleado.

La Ley Federal del Trabajo en México: aspectos relativos al *outsourcing*.

Generalidades

El régimen jurídico laboral en México se circunscribe, partiendo de las fuentes generales, al artículo 5º y el 123º constitucionales, los cuales son la base de los principios y reglas de mínimos con los que se regula el aspecto laboral en el país (Larrañaga, 1991). Así, el artículo 5º establece el trabajo como una garantía que el Estado debe proporcionar y que solo puede ser limitada esta libertad al trabajo debido a la licitud del trabajo y por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de un tercero o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad.

El artículo 123º constitucional, tal y como se mencionaba al principio, ha planteado una serie de reglas y obligaciones mínimas que han de ser respetadas por los empleadores, dejando de lado el aspecto civil de la contratación para introducirlo en un llamado Derecho Social y que puede ser visto, en una retrospectiva histórica, como un logro importante de las luchas revolucionarias en el país.

Así, la Ley Federal del Trabajo (2018), resulta reglamentaria del artículo 123º apartado A de la Constitución, que por principios generales del trabajo en el país se destacan los siguientes:

1. Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patrones.
2. El trabajo es un derecho y un deber social.
3. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.
4. No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social.
5. Es de interés social promover y vigilar la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores.

Sin embargo, se escuchan voces críticas a estos mismos principios señalando que debido a la rigidez de la Ley Federal del Trabajo existe escasez de empleos formales y definitivos. La situación actual indica que hay 14.5 millones de personas de una población de más de 108 millones que están en el Seguro Social y, por tanto, están protegidos por la legislación laboral; y si se compara, es casi un tercio de la Población Económicamente Activa (PEA), 48 millones (Natividad, 2010). En este contexto, se propone que se flexibilicen las normas laborales en el país siguiendo la realidad

económica mundial, pero con derechos mínimos garantizados y derecho a la seguridad social, retiro y vivienda.

El Gobierno Federal, empresarios y el Congreso del Trabajo se han planteado tres puntos centrales: primero, modificar la LFT en lo que impida o dificulte la creación y el mantenimiento del empleo formal, para lo cual proponen una serie de medidas que permitan abaratar el despido del trabajador y poner la figura del "empleo a prueba". Segundo, mejorar la ley para permitir la recuperación del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores, flexibilizando la contratación y las fórmulas de pago de un salario productivo y remunerador (Natividad, 2010). La propuesta contempla que, si se abarata el despido, se podrán incrementar los salarios de los trabajadores. Sin embargo, por escrito y con relación a este pacto "silencioso" no existe nada tangible. Tercero, cambiar aspectos de la ley que permitan una mayor seguridad jurídica que fomente la inversión productiva nacional o extranjera, en este caso en particular se plantea regular la llamada "tercerización", "subcontratación" u "outsourcing", a través de cambios de los artículos de la LFT 13^o y 15^o, donde se plantean cambios relativos a la responsabilidad para con el trabajador en casos de conductas fraudulentas por parte de la empresa de *outsourcing* y/o el empleador (Natividad, 2010).

La subcontratación en la LFT de México anterior a las reformas de 2012

La aparición o expansión de formas atípicas de relación laboral bajo diseños institucionales que no garantizan adecuadamente la protección del trabajador en tales circunstancias constituye una de las transformaciones más importantes asociadas a la globalización y la reestructuración productiva. México no escapa de estas tendencias en el mundo, donde a través de la fórmula de reducción de beneficios o conquistas laborales se pretende maximizar las ganancias de las empresas.

En tiempos recientes se pueden observar las críticas y los discursos provenientes de diversos sectores del Estado y de la sociedad que buscan establecer unas nuevas reglas para el sistema de subcontratación u *outsourcing* para el país.

Sin embargo, para entender a profundidad los cambios que se desean realizar es necesario primero remitirnos a la fuente primaria. La LFT, a través de los artículos 12^o a 15^o, señala las reglas a las que se han de sujetar los intermediarios, lo que encuadraría con la figura del *outsourcing*. Se explica en el artículo *ídem* que "[un] intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón."¹

Sin embargo, es el artículo *ídem* el que pone de manifiesto una distinción, la cual, afecta directamente a la figura del outsourcing "No serán considerados intermediarios, sino patrones², 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."³

¹ Vid. Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970, artículo 12.

² Esto resulta vital para entender la problemática que se plantea con esto para las empresas que proveen un servicio de outsourcing, ya que este tipo de empresas para con sus trabajadores serán, no intermediarios, sino patrones con todas las obligaciones de carácter laboral que se plantea con esto, esto es, las cargas procesales de la prueba y los derechos de los trabajadores como lo son seguridad social y a sindicalizarse.

³ Vid. Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970, artículo 13.

Así, la Ley hace una distinción entre la figura del intermediario, el cual como ya se señaló, es aquel que realiza las funciones para que un determinado trabajador consiga un empleo y viceversa, tal y como lo puede ser cualquier empresa dedicada a la colocación de trabajadores y a contener una base de datos con los currículos de sus clientes, tal y como podría ser "Manpower" y los que realizan esta misma función pero a través una contratación de carácter primario con los trabajadores para luego revender esta misma fuerza de trabajo a otras empresas, es decir, una subcontratación. En estos casos estaríamos con un trabajador y dos patrones, donde los patrones tendrán todas las obligaciones señaladas en el artículo 15 ° de la LFT a saber: "...se observarán las normas siguientes: I. La empresa beneficiaria será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores⁴; y II. Los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo proporcionadas a las que disfruten los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria. Para determinar la proporción, se tomarán en consideración las diferencias que existan en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas y las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo."⁵

Por tanto, la Ley establece plenamente la obligación de la empresa que se encarga de suministrar los trabajadores de garantizar los derechos de estos. Esta obligación que es de carácter solidaria se ha manifestado como uno de los cambios que se han propuesto a la LFT.

Por otra parte, el artículo 14 ° de la LFT señala que para el caso de las personas que utilicen los servicios de "intermediarios" estas serán responsables de las obligaciones de la LFT y de los servicios prestados, donde los trabajadores han de tener los siguientes derechos: "I. Prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán los mismos derechos que correspondan a los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa o establecimiento; y II. Los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores."

Para estos casos, la Ley es muy clara en cuanto a la protección de los Derechos de los trabajadores ya que les permite desde un primer momento en que comience su relación de trabajo adquirir los derechos de otros trabajadores que ya se encuentren trabajando en el centro de trabajo y que ejecuten labores similares. Esto ha sido criticado por el sector empresarial, ya que plantea que los trabajadores nuevos puedan integrarse inmediatamente a los beneficios que pudiesen tener otros trabajadores que cuenten con un contrato colectivo o bien incluso a ser sindicalizados desde un primer momento, con las consecuencias económicas que esto pudiera conllevar. Este artículo, así como el anteriormente señalado, son el centro de las reformas propuestas para la LFT.

Las reformas del año 2012

El artículo 15 ° de la Ley Federal del Trabajo quedó dividido en cuatro apartados precedidos del número 15 y enumerados por las letras "A" a "D", en donde el artículo *ídem* apartado "A", lo define como "...aquel

⁴ Este resulta ser el punto principal de la discusión de las reformas para la LFT, puesto que se deja en un estado de solidaridad garantizar los derechos de los trabajadores, tanto la empresa que contrata los servicios de un tercero, como el tercero en sí mismo, lo que crea un clima de desconfianza entre ambos y el propio trabajador, creando situaciones de indefensión legal para con el eslabón más débil de esta cadena, los trabajadores, quienes al final, en virtud de su desconocimiento, de la Ley, se ven engañados y en un segundo término, la propia empresa que contrata los servicios de un tercero se ve obligada a pagar los derechos de los trabajadores por un probable fraude.

⁵ Vid. Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970, artículo 15.

por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.”

A esta definición se le añade que debe de cumplir con tres determinadas condiciones para ser considerado como legal, que son las de que no podrá abarcar la totalidad de las actividades que se desarrollen en el centro de trabajo; deberá justificarse por su carácter especializado; y no podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. Si no se cumplieren todas estas condiciones, la Ley prevé que el contratante se considerará patrón para todos los efectos jurídicos.

El artículo *ídem* apartado “B”, explica los elementos de formalidad que debe de reunir el contrato en comento, puesto que señala que “El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.”, además señala como obligación de la empresa contratante la de cerciorarse que la parte contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores para lo cual podrá valerse de una “...unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.”, artículo *ídem* apartado “C”.

Las sanciones en torno al *outsourcing*, término que no se menciona como tal en ninguna parte, se señalan para el caso de que con esto “...se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales”, se sancionara con una “...multa por el equivalente de 250 a 5000 veces el salario mínimo general⁶”.

Aspectos Jurídicos entorno al contrato de subcontratación

Antecedentes del Contrato

La posición más aceptada es aquella que explica que la subcontratación nace incipientemente en los años setenta del siglo pasado y se consolida dos décadas después con la revolución de la información, en donde la empresa estadounidense se convierte en una *gran empresa*, dedicándose no solo a su negocio principal, sino también a actividades satelitales que, aunque no son esenciales, sí son necesarias; y a través de la flexibilización laboral, transformando los cimientos del entonces tradicional derecho laboral. Asimismo, se puede contar como antecedente, que en Italia la economía informal es la creadora de la especialización flexible, previo al *outsourcing*. En efecto, surgió a propósito de la informalidad del sector agrario en su paso a la economía agroindustrial donde la pequeña empresa agraria necesitaba de servicios especializados del sector informal (Echaiz, 2008).

Características del contrato de subcontratación u *outsourcing*

La naturaleza jurídica del contrato es en términos doctrinarios de un contrato mercantil (en el criterio tradicional) y un contrato empresarial (en el criterio moderno) que constituye una herramienta de gestión de negocios (Echaiz, 2008), que también reviste de cuestiones de índole laboral que podría ser llamado un contrato nominado subcontratación, pero de carácter atípico desde la

⁶ *Vid.*, Artículo 1004-C de la Ley Federal del Trabajo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970, última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 12 de junio de 2015, con respecto a este artículo en particular, fue añadido el 30 de noviembre de 2012.

perspectiva civil, puesto que se conformaría por varios contratos para su implementación y resolución. Igualmente, se le suele denominar *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 *externalisation d'activités*.

Igualmente, en el contrato de *outsourcing* intervienen dos partes contratantes:

a) Por un lado, la empresa que contrata el *outsourcing*; que, en términos generales, es la que decide cuál es la actividad que se delegará a la empresa de *outsourcing*. b) Por otro lado, el *outsourcer*, que será a quien se le delega la tarea de realizar la actividad de la empresa cliente.

Posee las siguientes características principales: puede ser considerado como un contrato principal, que goza de autonomía y suele estar acompañado de otros contratos que le son accesorios como licencia de uso de marca o *know-how*; también se le considera un contrato consensual, ya que al ser atípico, no existe solemnidad alguna para su celebración, siendo suficiente el acuerdo de voluntades de las partes contratantes; es un contrato con prestaciones recíprocas, se trata de un contrato oneroso (Echaiz, 2008).

La postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la subcontratación u *outsourcing*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en jurisprudencia sobre la no relevancia de la existencia de una relación de *outsourcing* para poder negar la relación de trabajo entre una empresa que recibe los servicios y un empleado que se los proporciona. Esto es así, puesto que se deseaba configurar que existían dos relaciones diferenciadas entre las empresas, puesto que, por un lado, estaba la empresa que "alquilaba" trabajadores, una relación civil-mercantil, independiente de la laboral, con respecto a la que recibía los servicios de la empresa que le "alquilaba" los trabajadores. Así, si en un juicio laboral se comprueba que el servicio del trabajador lo recibe la empresa que se beneficia con ese trabajo y no la empresa que lo contrató, la empresa beneficiaria debe responder solidariamente de todas las prestaciones del trabajador cuando la empresa que lo contrató alega no tener recursos propios y suficientes para pagarle al trabajador (Dávalos, 2009). De esta forma, se pone fin a lo que desde hace algunos años se había puesto de moda como un sistema donde una autodenominada "empresa de administración de personal" celebra contratos de arrendamiento con un patrón cualquiera y pone a disposición a los trabajadores que necesite, garantizando, inclusive con fianzas, que no tendrá problemas laborales (Dávalos, 2009).

De esta forma, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expuso que para determinar si existe responsabilidad solidaria entre una persona que ejecuta obras o servicios para otra, es necesario que se acredite, entre otros hechos, el relativo a que las obras o servicios se ejecuten en forma exclusiva o principal para una persona distinta de la que se contrató al trabajador, esto es, que la persona que se beneficia con el servicio del empleado es diversa de la que lo contrató. Es necesario tener presente que el patrón que se beneficia del trabajo es solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores de la empresa que los contrató. El problema del pago no es de los trabajadores. Una o las dos empresas cubrirán las prestaciones de los trabajadores conforme a las obligaciones que hayan pactado entre ellas. Los trabajadores señalarán para quién trabajan o trabajaron (Dávalos, 2009).

Más recientemente, y a raíz de las añadiduras a la Ley Federal del Trabajo del año 2012, existen en el Semanario Judicial de la Federación un número limitado de tesis que datan de agosto de 2015

(tres de ellas⁷) que versan sobre alegaciones de que los apartados A al D del Artículo 15 °, ya antes comentados, son violatorios de los principios de seguridad jurídica y libertad al trabajo, negándolo por completo nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, donde si existe debate es entorno a los aspectos fiscales, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la figura de la subcontratación no esta gravada por el Impuesto al Valor Agregado (IVA)⁸, que es hacia donde se han enfocado las críticas entorno a esta polémica figura, ya que y tal como lo señaló Héctor Márquez Pitó, que entre enero y noviembre de 2017, la subcontratación laboral en el país creció 5.4%, lo cual es superior al 0.9% obtenido en el mismo periodo de 2016. "Estas empresas deben cumplir con sus obligaciones fiscales para no poner en riesgo al trabajador, así como el pago del Impuesto Sobre la Renta (ISR) y el IVA" (Notimex, 2018).

La subcontratación en cuestión de Derecho comparado: México y otros países

Cuestiones introductorias

El *outsourcing* o subcontratación se ha extendido de mayor manera en la industria y los servicios en las dos últimas décadas y se ha configurado como una de las formas más extendidas de contratación. Sin embargo, ha de hacerse notar que esta, junto con los trabajos a domicilio y a distancia, trabajadores domésticos, entre los más importantes, son llamados trabajos "atípicos", los cuales son denominados así por contraste con el trabajo "típico" o subordinado a cambio de un salario y para un solo empleador, en el local del empleador, bajo jornada completa y, por lo general, por tiempo indefinido, así la ausencia de una de estas características da lugar a la atipicidad (Bensusán, 2007).

Estas formas atípicas incluyen, por tanto, la intermediación por la cual intervienen en la contratación agencias que proporcionan personal temporal o definitivo a las empresas⁹, hasta relaciones de carácter triangular de subcontratación entre empresas por las cuales la empresa beneficiaria o usuaria externaliza parte del proceso de trabajo (*outsourcing*) o el manejo de las relaciones laborales, tratando de desligarse de cualquier vínculo formal con los trabajadores y con miras a reducir los costos. Esto último, en el caso de México, tal y como ya se vio anteriormente en el artículo 15 ° de la LDFT, no es posible. La figura de *outsourcing* se trata de un fenómeno difícil de abarcar jurídicamente en un solo concepto, ya que asume modalidades y denominaciones diferentes en los distintos países, lo cual explica en cierta medida porqué no se pudo adoptar como estaba previsto.

Para el caso de México, en materia de subcontratación, tal y como ya se vio, se consideran dos figuras, en donde en ambos casos los trabajadores mantienen una relación directa con la empresa usuaria y quedan integrados económicamente y dependen de ella jurídicamente, cosa que en otras partes del mundo no sucede puesto que significaría que no cumpliría con los objetivos de carácter administrativo que se esperan conseguir al hacer uso de la subcontratación. Así, en el ámbito internacional, las empresas que participan en los procesos de subcontratación, tanto de naturaleza civil como comercial, y que involucran a los trabajadores requieren ser protegidas, ya que formalmente debieran ser derecho del trabajo, por tanto, puede existir una "zona gris" en donde es

⁷ Vid., Las Tesis que ostentan los Registro No. 2 009 830, Registro No. 2 009 831 y Registro No. 2 009 832 en el Semanario Judicial de la Federación en la siguiente dirección de Internet: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el día 20 de abril de 2018.

⁸ Vid., Las Tesis que ostentan los Registro No. 2 012 122 y Registro No. 2 011 578 en el Semanario Judicial de la Federación en la siguiente dirección de Internet: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>, consultado el día 20 de abril de 2018.

⁹ Vid. Artículo 12 de la LFT.

difícil identificar la naturaleza de las relaciones y si estamos o no ante una subcontratación auténtica o ante una simulación con el propósito de eludir responsabilidades laborales por parte de la empresa usuaria (Bensusán, 2007).

Por lo anterior, es necesario remitirnos a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para encontrar una definición con respecto a la subcontratación, este Organismo la define como: "...todo trabajo realizado para una persona física o jurídica (designada como 'empresa usuaria') por una persona (designada como 'trabajador en régimen de subcontratación') cuando el trabajo lo realiza el trabajador en régimen de subcontratación personalmente, en condiciones de dependencia o de subordinación efectivas respecto de la empresa usuaria, análogas a las que caracterizan una relación laboral de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, siempre que el trabajador en régimen de subcontratación no sea empleado de la empresa usuaria", (como se citó en Bensusán, 2007)

¿Por qué se ha extendido el empleo del *outsourcing* en el mundo?

Dentro de los factores administrativos, económicos y de competitividad puede señalarse que, durante los últimos 30 años, los mercados de subcontratación han crecido a un ritmo más rápido que el del sector industrial en su conjunto. Primero, a lo largo de los decenios de 1960 y 1970 la esfera principal de la competencia eran los precios y en ella las empresas solo procuraban obtener economías de escala y, de este modo, promover el crecimiento y ampliar sus cuotas de mercado. A partir del decenio de 1980, la competencia dejó de basarse únicamente en los precios para hacerlo también y, sobre todo, en la calidad o las características de los productos. Las empresas se centran en actividades propias de escalones anteriores del proceso de producción, como las de I + D, comercialización y diseño de productos; o posteriores, como las de venta y promoción. Otro factor que ha hecho florecer la subcontratación es la creación y difusión de técnicas y métodos de producción muy eficaces y flexibles basados en la robótica y en tecnologías de producción integrada. Los subcontratistas están, en general, en mejores condiciones de aprovecharse de estos métodos. Por último, la intensificación de la competencia y el desarrollo de nuevas técnicas de producción han dado lugar a un alto grado de refinamiento en el diseño de los productos (Morcos & Crombrugghe, 2004). Así, la subcontratación desde la perspectiva industrial reviste de una gran importancia, en donde se puede mencionar como ejemplo de esto lo señalado en el informe de 1998 de la Organización Mundial del Comercio, que ilustra la importancia de la subcontratación y la externalización al mostrar que solo un 37% del valor de producción de un determinado automóvil "americano" se generaba en los Estados Unidos (Morcos & Crombrugghe, 2004).

Dentro de los factores de características sociales puede decirse que diversos factores han incidido en la expansión de este tipo de prácticas: desde el lado de las empresas, las presiones competitivas y los cambios en la organización del trabajo (en aras de una mayor especialización) y la tecnología, así como la flexibilización de las regulaciones laborales. Desde el lado de los trabajadores, las altas tasas de desempleo e informalidad, así como el debilitamiento del poder de los sindicatos, los han llevado a aceptar empleos menos beneficiosos (Bensusán, 2007). Así, tenemos que el empleo de esta herramienta administrativa ha traído consigo el aumento dentro de la competitividad de las empresas y el aumento en los índices de empleo, pero a un costo de un trabajo precario.

Lo anterior lleva a cuestionar si la subcontratación laboral se traduce necesariamente en relaciones laborales precarias. Para responder a esto, es indispensable lo que se ha de entender por un trabajo precario. Los trabajos "precarios" tienen los siguientes atributos: a) incertidumbre en cuanto

a la continuidad del trabajo; b) menor control del trabajador sobre las condiciones de trabajo; c) los salarios o el ritmo de trabajo; d) mayor desprotección frente a la cobertura social; e) las prácticas discriminatorias; f) los despidos arbitrarios o las condiciones de trabajo inadecuadas; g) remuneraciones asociadas a la pobreza y; h) una inserción social insegura (Bensusán, 2007). Estas desventajas de carácter de los derechos de los trabajadores (condiciones precarias) se han de traducir en beneficios para las empresas. El objetivo de este tipo de prácticas no solamente es la búsqueda de una mayor especialización, sino también el interés generalizado de remplazar la mano de obra contratada directamente para abatir costos, eludir a los sindicatos y ganar flexibilidad en el manejo de las relaciones laborales, sobre todo cuando existen contratos o convenios colectivos de alto perfil de regulación (Bensusán, 2007). Así, nos topamos en una ecuación donde la fórmula de disminución de los derechos de los trabajadores nos dará, ineludiblemente, unas ventajas de carácter administrativo para las empresas, principalmente dentro del marco de las ganancias.

Para la investigadora Graciela Bensusán, la subcontratación laboral, en sí no necesariamente lleva a la precariedad, aunque aumenta, al menos de manera sustancial, el riesgo de caer en ella. Por lo que, debería merecer no solo una regulación legal *ad hoc* sino una atención especial dentro de la política laboral, considerando a los trabajadores inscritos en estas prácticas como un grupo particularmente vulnerable (Bensusán, 2007). Sin embargo, hay que precisar que esta precariedad es a la que se nos quiere conducir actualmente en México. Actualmente, tal y como se encuentra la LFT, no permite el estado de indefensión del trabajador ante los posibles intentos de fraude laboral por parte del uso indebido de la subcontratación u *outsourcing*, puesto que les reconoce a este tipo de empresas prestadoras o facilitadoras de trabajadores, la calidad de patrones y, por ende, les da una responsabilidad solidaria junto con la empresa que recibe estos servicios.

Las experiencias latinoamericana y española

A pesar de la expansión de estas y otras formas de contratación que aumentan la vulnerabilidad de los trabajadores, la legislación laboral, en la mayoría de sus países latinoamericanos, continúa suponiendo que el trabajo asalariado bajo formas "típicas", "seguras" y de "tiempo completo e indefinido" sigue siendo la regla general en la mayor parte de los países, mientras que las formas "atípicas", "precarias" y en el caso de México "especiales", como las que atañen a la subcontratación, se consideran como alternativas excepcionales (Bensusán, 2007). Es decir, que solo es una adecuación de la Ley a una realidad que no se puede eludir, configurándolas así, en excepciones a una regla supuestamente establecida y regulada por la propia Ley. Sin embargo, en la actualidad se está revirtiendo esta tendencia, dando como resultado que la regla básica es la contratación "atípica". Así, las principales tendencias en América Latina buscaban evitar la utilización de la intermediación y la subcontratación como un recurso para eludir las responsabilidades patronales ya que no se imponían restricciones institucionales a la expansión de tales prácticas, cosa que se ha dejado de lado para regular de una manera más o menos estricta estas figuras, es decir, aceptando el hecho de que se trata de una realidad que ha de ser regulada y, por tanto, estamos ante una creación del Derecho a través de una fuente real.

Para efectos de la figura de la subcontratación u *outsourcing*, la legislación laboral latinoamericana proporciona criterios semejantes tendientes a distinguir las figuras del patrono/empleador, contratista, intermediario y empresa beneficiaria (o usuaria), como es el caso de los siguientes: 1. Cuando el contratista es una empresa "genuina", la empresa usuaria no es considerada como "empleador" pero puede asignársele responsabilidad en determinadas circunstancias, tales como cuando el contratista se vuelve insolvente o no puede responder ante

un riesgo o enfermedad profesional; 2. Las diferencias entre la figura del 'contratista' y el 'intermediario' –presentes en relaciones triangulares– no siempre son nítidas, pero se tiende a considerar que este último es quien exclusivamente se ocupa de conectar al trabajador con el empleador o, dicho de otra forma, proporciona trabajadores para desempeñarse en la empresa de un tercero (México, Colombia, República Dominicana y Venezuela) (Bensusán, 2007). 3. El contratista es un empleador que contrata obras o partes de la obra en beneficio de otro y, a la vez, cuenta con los elementos propios y suficientes para cumplir con las responsabilidades respecto a los trabajadores, tal como lo establecen las legislaciones mexicanas, dominicana, panameña, guatemalteca y costarricense. Si no se cuentan con estos elementos, tanto el contratista como el beneficiario/usuario son solidariamente responsables frente a los trabajadores. 4. La legislación colombiana agrega una condición adicional para liberar de responsabilidad a la empresa beneficiaria: la contratista debe realizar los trabajos con sus propios medios y autonomía técnica y directiva con la empresa beneficiaria. 5. En algunos países, se han introducido reformas para facilitar el uso de agencias de colocación a las empresas usuarias, como es el caso de Venezuela y Perú, pero en este último caso a partir de 2001 el uso de la intermediación se limitó a la realización de actividades complementarias, de temporada o altamente especializadas. Además, en Honduras, la participación de intermediarios queda bajo el control y autorización del Ministerio de Trabajo (Bensusán, 2007). 6. Bajo la legislación uruguaya, la externalización de operaciones se identifica con el instituto de la *subcontratación laboral*, en la medida en que esta es conceptualizada como la modalidad en virtud de la cual una empresa, denominada principal, encarga a otra empresa, denominada contratista o subcontratista, mediante un contrato civil o comercial, la ejecución por su cuenta y riesgo, con trabajadores bajo su propia dependencia, de una obra o servicio, siempre que estos se encuentren integrados en la organización de la primera, formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria, concepto que virtualmente se emplea en la mayoría de los países latinoamericanos (Castello, 2009).

El Convenio 181 de la OIT (1997) sobre Agencias de empleo privadas, legitima la figura del *outsourcing*, sin embargo, México aún no ha firmado este acuerdo. En palabras del especialista Humberto Villasmil, director especialista en derecho del trabajo de la OIT, comentó que en el caso de México existe reticencia en varios sentidos, uno de ellos son los sindicatos, quienes consideran que al "regular las contrataciones bajo esquemas novedosos de triangulación se permite la flexibilización y se pone en riesgo a la contratación colectiva" (Martínez, 2009). Para el caso concreto de la presente investigación, se ha de considerar que este Convenio trata de garantizar a los trabajadores una serie de derechos mínimos en los casos de contratación a través del *outsourcing*.

En otros países se incluye la figura del 'fraude laboral' cuando una empresa principal busca eludir su responsabilidad a través de otras empresas subordinadas, como ocurre en República Dominicana, y extienden la solidaridad entre empresas con estas características aun cuando no exista tal intención ('fraude laboral'), como es el caso de Brasil. En algunas legislaciones se establece la unidad de empresa y se posibilita la equiparación de condiciones de trabajo cuando se cumplen dos requisitos: dependencia económica o jurídica entre la empresa principal y la subordinada y cuando todas realizan actividades similares, conexas o complementarias (Colombia), (Bensusán, 2007).

Una grave falla dentro de la LFT en México es que la legislación no prevé de manera especial el caso de las "empresas de mano de obra", aunque operan de hecho, se rigen por los principios generales relativos a las figuras del intermediario y el subcontratista. Igualmente, la solidaridad entre empresas y la equiparación de condiciones solamente se considera cuando la empresa

contratista no tenga los elementos suficientes para cumplir sus responsabilidades con los trabajadores. Sin embargo, establece el concepto de "unidad de empresa" a través del artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, lo que puede llevar a responsabilizar al mismo tiempo a la empresa que provea el capital y a la que proporcione la mano de obra. En este sentido, existen tesis aisladas de jurisprudencia recientes que definen que: "Conforme al artículo 3º de la ley en mención, el trabajo no es artículo de comercio. Por otra parte, el numeral 16 de la citada legislación establece que la empresa, para efectos de las normas de trabajo, es la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios. En este contexto, cuando una empresa interviene como proveedora de la fuerza de trabajo y otra aporta el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el ordinal 16 en mención, de ahí que para efectos de esta materia constituyen una empresa y, por ende, son responsables de la relación laboral para con el trabajador¹⁰." Así, el Tribunal, zanja la cuestión en torno a las diversas interpretaciones de empresa y pone en orden la cuestión al concepto cuando se pretende desmontarlo para lograr un beneficio excesivo o un fraude laboral. Si la subcontratación laboral se basa en prácticas que no necesariamente constituyen un fraude a la ley laboral, más allá de las contradicciones y lagunas en estas regulaciones que permiten el paso a la simulación y dificultan el disfrute de los derechos por parte de los trabajadores involucrados, hay que tomar en cuenta la necesidad de fortalecer por diversos medios institucionales a los trabajadores para que estos puedan defenderse (Bensusán, 2007).

En torno a la responsabilidad en los casos de subcontratación, para el caso de España, se trata de una responsabilidad solidaria y subsidiaria, para poder hacer valer la responsabilidad subsidiaria y poder exigir la deuda al Empresario Principal se requiere que la Administración Pública haya agotado el procedimiento de recaudación frente al deudor principal y a los responsables solidarios y los declare fallidos. Posteriormente, la Administración podrá iniciar los trámites para la derivación de la acción administrativa y exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables subsidiarios. Para ello, se requiere un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión (Klingenberg & Paternain, 2004). Sin embargo, resulta necesario aclarar que la responsabilidad subsidiaria solo se aplica a las obras o prestaciones de servicios contratadas o subcontratadas en relación con la 'actividad económica principal' del empresario contratante. El Artículo 42º del Estatuto de los Trabajadores españoles¹¹ establece un supuesto de responsabilidad por el impago de las cuotas de la Seguridad

¹⁰ Vid. Esta tesis jurisprudencial aparece con el rubro de: "CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SIA TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO". No. Registro: 174,282, Tesis aislada, Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, septiembre de 2006, Tesis: 1.3o.T.145 L, Página: 1416. Amparo directo 5183/2006. International Target, S.C. y otro. 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Alma Ruby Villarreal Reyes.

¹¹ Este artículo a la letra explica: "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 librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables. Transcurrido 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 período 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 como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial." Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Social aplicable a los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a 'la propia actividad'. En el ámbito laboral, el Tribunal Supremo ha aclarado que caben dos interpretaciones de este concepto de 'propia actividad': la que entiende que 'propia actividad' integra, además de las actividades que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquéllas que resultan necesarias para la organización del trabajo; y la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes o 'nucleares', de modo que solo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán como 'propia actividad' de dicha empresa (Herrero & Prados, 2007).

Por tanto, se está ante una actividad de subcontratación cuando, de no haberse subcontratado esta, el propio empresario hubiera debido realizar él mismo las obras y servicios en cuestión para evitar perjudicar sensiblemente su actividad empresarial. A pesar de que la jurisprudencia laboral parece haberse inclinado por la interpretación más restrictiva, la forma de aplicar y entender el concepto de 'actividad propia' parece indicar que el concepto es amplio y que, efectivamente, solo quedan excluidos los servicios y obras desconectados de la finalidad productiva y de las actividades normales de la empresa y las actividades complementarias o auxiliares no absolutamente esenciales (Klingenberg & Paternain, 2004).

El concepto de subcontratación y subcontratación industrial

El Diccionario Jurídico Elemental define al subcontrato como el:

Nuevo contrato derivado o dependiente de otro previo, llamado básico u originario, y con su mismo contenido en todo o en parte. Los dos contratos coexistan, ya que la subcontratación no extingue el contrato básico ni afecta el vínculo que este había establecido. Pero nace un nuevo vínculo contractual, distinto, aunque sea autónomo (Masnatta). De ahí que se llame subcontratista, según expresa Capitant, la persona que, a precio fijo o a destajo, se encarga de la realización de una parte separada del trabajo, confiado en conjunto a un empresario principal (Cabanelas, 2014).

Por contraparte, la subcontratación industrial, es un concepto que no ha de confundirse con la subcontratación en términos generales, ya que la primera opera como mecanismo eficiente de organización de la producción industrial a través del establecimiento de acuerdos de cooperación entre distintas unidades de producción complementarias realizando determinado producto final, mientras que la segunda, en un sentido más amplio del término, opera como una entidad suministradora de un servicio y/o mano de obra (Morcos & Crombrughe, 2004). Igualmente, se puede señalar que el fenómeno de la subcontratación se ha visto acompañado del fenómeno de la descentralización productiva, la cual supone una forma de organizar el proceso productivo para la obtención de bienes y servicios basada en una técnica de gestión que consiste en contratar con proveedores externos ciertas fases o actividades de la empresa no consideradas competencias básicas de esta, con independencia de que con anterioridad las viniera o no desempeñando, en otro concepto se señala como una forma de organización de la actividad empresarial, en virtud de la cual una empresa decide no realizar directamente ciertas actividades, optando, en su lugar, por desplazarlas a otras empresas o personas individuales con quienes establece a tal efecto contratos de variado tipo, civiles o mercantiles (Castello, 2009). De esta forma, la descentralización productiva es un fenómeno económico que no es uniforme, sino que acoge una tipología muy variada de supuestos de gran complejidad, caracterizados porque en ellos se opera una reducción o desmembramiento de la empresa como consecuencia de decisiones de táctica empresarial, lo que conlleva en muchos casos, desde el punto de vista social, laboral y jurídico, una serie de problemas,

que mal enfocados por los gobiernos, pueden llevar a una merma de los derechos sociales de los trabajadores.

Para el caso de la subcontratación industrial, el contratista encarga a una o varias empresas la producción de piezas, componentes, subconjuntos u otros servicios industriales que necesita para completar su producto final. Por consiguiente, los subcontratistas realizan la actividad solicitada siguiendo las indicaciones del contratista, lo que a su vez les permite un nivel más alto de especialización en dichos sectores de que se trate, así, la subcontratación industrial se puede definir del siguiente modo:

Relación económica en virtud de la cual una entidad, el contratista pide a otra entidad independiente, el subcontratista o proveedor, que se encargue de la producción o ulterior elaboración de materiales, componentes, piezas o subconjuntos, o la prestación de un servicio industrial, respetando las especificaciones que establezca (Morcos & Crombrugghe, 2004).

De esta forma, este tipo de subcontratación supone una evolución donde la empresa, especialmente de naturaleza industrial y que utilizan alta tecnología, no solamente organiza su producción delegando en proveedores formalmente externos parte de sus operaciones centrales, neurálgicas o esenciales, sino que, además, en ciertos casos las mismas son ejecutadas dentro del ámbito espacial (locales y establecimientos) de la propia empresa comitente o principal, a lo que se le ha dado el nombre de *externalización de tercera generación*. De esta forma, la empresa principal se convierte en una especie de "terminal de aeropuerto", bajo cuyo espacio físico conviven multiplicidad de empresas que ejecutan una parte de una actividad o proceso único (Castello, 2009).

En otro orden de ideas, tampoco puede asumirse que toda relación de un contratista del Estado con un tercero sea una subcontratación; ejemplo de ello son las relaciones de financiamiento comunes entre sujetos privados. Debe existir una incidencia directa del tercero en la relación contractual que se genera con el Estado, aunque eso no implica que el contratista se libere de responsabilidad alguna frente al contrato. Se insiste en que la subcontratación no releva al contratista del compromiso por el contrato que se llegare a ejecutar (Aguilera, 2008).

Los tipos de subcontratación

Si bien es cierto que en términos estrictamente jurídicos la subcontratación sigue siendo una, debido a los efectos que produce en las relaciones laborales; desde un punto de vista administrativo se pueden encontrar dos tipos de este término. El primer tipo de subcontratación industrial, *subcontratación de capacidad*, se presenta cuando el principal motivo de la relación de subcontratación es el hecho de que el contratista no dispone de capacidad suficiente para fabricar el componente, pieza o material. En otras palabras, el contratista ha llegado al límite de la capacidad de su proceso de producción y se ve obligado, para satisfacer la demanda de su producto en el mercado, a recurrir a un subcontratista especializado temporalmente (Morcos & Crombrugghe, 2004). El segundo tipo de relación de subcontratación industrial, la *subcontratación especializada*, se da cuando el contratista recurre a los servicios de uno o varios contratistas que disponen de equipo o maquinaria especializados y de mano de obra capacitada para realizar labores complejas y de precisión; este tipo de subcontratación puede referirse tanto a productos acabados como a componentes o suministros especializados que exijan un alto nivel de capacidad técnica especializada, que el contratista no posee o no puede adquirir (Morcos & Crombrugghe, 2004).

La iniciativa de la ONUDI en materia de la subcontratación

La Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) ha reconocido la importancia de la subcontratación industrial y, como resultado de esto, en 1982 creó el Programa de Promoción de la Subcontratación y las Alianzas Industriales, conocido actualmente como Programa de Subcontratación y Alianzas Industriales. Como eje de este programa, la ONUDI ha venido defendiendo el concepto de "alianzas industriales", por el que se entiende unas relaciones duraderas y equitativas de subcontratación industrial, basadas en la especialización y los conocimientos tecnológicos especializados de los contratistas o proveedores. La complementariedad de los activos y las tecnologías entre las partes implicadas puede servir de base para el establecimiento de relaciones de tipo vertical, con un reparto de responsabilidades a largo plazo (Morcos & Crombrugghe, 2004).

En este contexto, la ONUDI ha lanzado el programa para ayudar a los países en desarrollo a beneficiarse de las ventajas que suponen los acuerdos de subcontratación industrial entre pequeñas y grandes empresas. El objetivo continuo del programa es permitir que las pequeñas y medianas empresas (Pyme) de estos países logren los siguientes objetivos:

- Aumentar los niveles de producción y empleo
- Mejorar la productividad y la competitividad internacional
- Alentar la sustitución de importaciones y promover la exportación de productos
- Mejorar los procesos de fabricación y los productos

Contribuir a la redistribución internacional de las plantas de fabricación y a la transferencia de tecnología industrial y conocimientos prácticos a las Pyme de los países en desarrollo y las economías en transición

La ONUDI, por lo tanto, ha ideado una metodología específica para facilitar el cumplimiento de estos objetivos y asegurarse de que existen en los países unas condiciones mínimas que permitan acuerdos viables de subcontratación. Ello ha supuesto el establecimiento de bolsas de subcontratación y alianzas industriales (BSA/SPX) en determinadas naciones (Morcos & Crombrugghe, 2004).

La subcontratación en el marco internacional de los Tratados de Libre Comercio firmados por México: caso Unión Europea

En el marco del libre comercio y sus manifestaciones jurídicas, que son los Tratados, ha de hacerse mención de una forma atípica en torno a como ha de estudiarse este intercambio de mercancías entre las naciones, ya que como se ha visto, la subcontratación corresponde a una técnica administrativa que pretende hacer más competitivas a las empresas. Los Tratados de Libre Comercio permiten esto mismo en un marco internacional y entre países, es decir, los efectos que producen son los mismos que se observan al emplear a la subcontratación a un nivel empresarial. Este es el caso de lo que se le suele denominar comercio triangular, para el caso del TLC entre México y la Unión Europea (TLCUEM) no está siendo impuesta a las compañías europeas en contra de su voluntad, es tan solo una función de las necesidades actuales como una forma clásica de comercio triangular, donde las empresas europeas han comenzado a utilizar sus plantas mexicanas no solo para vender al mercado estadounidense sino también como base desde la cual pueden surtir de bienes intermedios de otros países, es decir, son plataformas tanto de exportación como de

importación. Incorporar bienes intermedios de alta calidad y bajo costo en los productos europeos es otra estrategia para ser más competitivos en el mercado mundial (Gambrill, 2001), demostrando así que los bienes intermedios pueden triangularse en ambas direcciones, hacia México no solo desde la Unión Europea (UE) hacia otros países, sino también desde terceros países hacia la UE. Por lo tanto, los bienes intermedios están siendo obtenidos en otra parte, enviados a México, ensamblados en alguna forma y luego exportados a la UE. En cualquier caso, si estas partes son exportadas como tales a la UE o son previamente ensambladas como accesorios en México, lo importante es que no se originan en la UE. En síntesis, estamos ante una relación de subcontratación atípica no solo porque México mantiene un superávit en el comercio con la UE sino también porque es capaz de hacerlo sobre la base del comercio triangular reverso (Gambrill, 2001). Si el tipo de subcontratación que está desarrollándose entre la UE y México es de importancia estratégica para los países miembros, entonces el programa de reducción de aranceles del acuerdo entre México y la UE otorga un tratamiento privilegiado a aquellos productos importados y exportados por las maquiladoras mexicanas. Esto indica que la subcontratación recibió una mayor prioridad en el acuerdo entre la UE y México que en el TLCAN.

Los bienes manufacturados no originarios no pueden cumplir con las reglas de origen si ellos han sido ensamblados solo en México; incluso cuando el ensamblaje es combinado con otras operaciones similares, no es suficiente para conferir origen regional sobre partes y componentes importadas de terceros países. Por lo tanto, productos estadounidenses y asiáticos ensamblados en México no pueden recibir los beneficios arancelarios negociados en el acuerdo entre México y la UE. Sin embargo, si los bienes no originarios son transformados por procesos de manufactura de naturaleza más compleja, entonces el origen regional puede ser conferido sobre bienes intermedios cuya fuente sea un tercer país, en la medida en que este contenido extrarregional no exceda los porcentajes específicos tanto del precio como del valor del producto final, según el artículo 6^º del acuerdo (Gambrill, 2001).

El comercio triangular a través de México en el mercado de Estados Unidos ha sido establecido como una función regular de las operaciones europeas de subcontratación en las maquiladoras. No es sorprendente encontrar una "conexión TLCAN", sin la cual la subcontratación europea en México tendría poco sentido. Sin embargo, también se descubrió otra función de subcontratación en México: una forma de comercio triangular reverso, mediante el cual las maquiladoras europeas se abastecen de componentes en Asia o Estados Unidos, los envían a México y los venden en el mercado de la UE. El acuerdo entre la UE y México no es un obstáculo para el futuro desarrollo de esta forma de comercio triangular, porque sus reglas de origen permiten a sus bienes no originarios constituir la mitad del valor de algunos productos específicos, a pesar de la fuerte redacción de las reglas generales que prohíben el acceso de bienes de terceros países ensamblados en México (Gambrill, 2001).

De esta forma, el comercio triangular o la triangulación de las mercancías hechas en México y reexportadas a terceros países, bajo el marco del TLCUEM, se configura, similar a la subcontratación, en una herramienta donde México se convierte en la entidad que suministra los productos para otro Estado y, que, bajo las reglas de los Tratados de Libre Comercio, puedan ser introducidos a un precio competitivo. Así, una herramienta pensada en un principio para las empresas se puede convertir en una herramienta con las mismas características que convierte los Estados en proveedores o facilitadores de mercancías a terceros Estados.

Conclusiones

Resultan indudables las ventajas existentes del uso de la figura del *outsourcing* desde el punto de vista administrativo, pero no hay que perder de vista el hecho de que esta figura se fundamenta en una serie de preceptos legales que nuestra legislación sencillamente no reconoce. Como se ha mencionado, no existe punto de comparación para tratar de equiparar a la renta de mercancía con la renta de trabajo desde la óptica del derecho.

Sin embargo, dados los cambios que se esbozaron en un primer momento, y que se han vuelto ya una realidad, desde la reforma laboral que se planteó en la Cámara de Diputados en el 2016, se pretende dotar de un sustento legal a esta figura, con los consecuentes daños a los trabajadores y, sin duda alguna, ventajas de orden económico a las empresas.

Ante esto solo queda mencionar tal y como lo señalase el genial Charles Dickens en su obra *Un cuento de navidad (A Christmas Carol)* en boca del protagonista Ebenezer Scrooge "¿Acaso existe pecado en la legal y honesta búsqueda de la riqueza?", sin duda, no existe como tal, ni es ilegal, pero es éticamente incorrecto anteponer una ventaja económica ante el empobrecimiento de los trabajadores. No obstante, ello también debe ser analizado desde el punto de vista administrativo e incluso mercadológico, el *outsourcing* representa una ventaja competitiva toda vez que forma parte del crecimiento y desarrollo organizacional a mediano y largo plazo. Por lo tanto, no debe ser visto únicamente como una forma de optimizar recursos, sino como una manera de volverse más rentable al atender a sus actividades distintivas a través de la innovación y desarrollo.

La aplicación del *outsourcing* especializado debe ir paralelo a un proceso de aprendizaje a través del cual se evite la dependencia y la pérdida de control de la empresa.

Si bien son notables las bondades desde este punto de vista, es necesario que la normativa vigente pueda regular de manera integral estas relaciones toda vez que aseguren al trabajador condiciones de trabajo y seguridad que coadyuven a garantizar su calidad de vida y la de sus familias.

Referencias

- Aguilera Marín, K. (2008). La subcontratación en los contratos de bienes y servicios del Estado. *Revista Jurídica de Seguridad Social* (14) 71-80.
- Bensusán, G. (2007). *La Subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?* En A. Bouzas Ortiz, *Propuestas para una reforma laboral democrática*, (pp. 131-147). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cabanellas de Torres, G. (2014). Diccionario | Enciclopedia Jurídica Online Diccionario Jurídico en Línea. Diccionario Legal Online. Terminos Juridicos. Palabras Juridicas. *Diccionario Jurídico Mexicano y de otras Jurisdicciones*. Recuperado el 18 de marzo de 2018 de Law Journal: <http://diccionario.leyderecho.org/subcontrato/>
- Castello, A. (2009). La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 53-87.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el Diario Oficial de la Federación, y última reforma de 27 de agosto de 2018 publicada en el Diario Oficial de la Federación.
- Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181) Organización Internacional del Trabajo, adoptado en Ginebra el 19 de junio de 1997 y entrando en vigor el 10 de mayo de 2000.

- Dávalos Morales, J. (2009). La Corte y el Outsourcing. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (9), 177-179.
- Echaiz Moreno, D. (2008). El Contrato de Outsourcing. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (122), 763-793.
- Gambrill, M. (2001). El negocio de la Sub-contratación internacional en el Acuerdo de Libre Comercio entre México y la Unión Europea. *Aldea Mundo. Revista sobre fronteras e integración* (11), 38-47.
- Herrero Guillem, V. M., & Prados de Solís, J. M. (2007). *2000 Soluciones laborales*. Madrid: CISS.
- Klingenberg, M., & Paternain, S. (2004). Freshfields Bruckhaus Deringer. Recuperado el 18 de diciembre de 2010, de Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2011: <http://www.freshfields.com/locations/spain/briefings/?year=viewall>
- Larrañaga, E. (1991). *El Derecho laboral en México: realidad y encubrimiento*. México: Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, División de Ciencias Sociales y Humanidades.
- Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970 y con última reforma del 30 de noviembre de 2012, publicada en el Diario Oficial de la Federación.
- Ley Federal del Trabajo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1970 y con última reforma del 22 de junio de 2018, publicada en el Diario Oficial de la Federación.
- Martínez, M. D. (31 de enero de 2018). Retiran propuestas de modificaciones al outsourcing. *El Economista*. Recuperado el 23 de marzo de 2018, de <https://www.economista.com.mx/empresas/Retiran-propuestas-de-modificaciones-al-outsourcing-20180131-0018.html>
- Martínez, M. D. (31 de marzo de 2009). La OIT delimita el outsourcing. *El Economista*.
- Morcos, J. L., & Crombrughe, A. (2004). *Subcontratación Internacional frente a deslocalización. Examen de los estudios disponibles y de ejemplos obtenidos de la red BSA/ASPX*. Viena: ONUDI, Organización de las Naciones Unidas para el desarrollo Industrial.
- Natividad Sánchez, T. H. (27 de septiembre de 2010). *Secretaría del Trabajo y Previsión Social*. Recuperado el 18 de diciembre de 2010, de Foro "Por un mercado laboral más eficiente": http://www.stps.gob.mx/bicentenario_plantilla/micro_frl/7-Tomas_Natividad_Sanchez.pdf
- Notimex. (5 de marzo de 2018). *Las Outsourcing, ¿tienen obligaciones fiscales?* idconline. Recuperado el 12 de mayo de 2018, de <https://idconline.mx/fiscal-contable/2018/03/05/las-outsourcing-tienen-obligaciones-fiscales>