

CAPÍTULO QUINTO

LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO

México, al igual que todos los países de América Latina, ha implementado desde los años noventa reformas en materia económica; sin embargo, el modelo de relaciones laborales sigue siendo el mismo. A pesar de los múltiples intentos gubernamentales para reformar la legislación laboral, ésta no se ha llevado a cabo. Aun así, el mercado laboral se ha flexibilizado. La flexibilidad del mercado laboral mexicano se corrobora con la reducción de la retención del puesto de trabajo. Se calcula que un individuo del área urbana mexicana, en promedio, mantiene su empleo en un periodo de 5.8 años. El dato correspondiente para América Latina y el Caribe es de 6.6 años y el promedio para Europa es de 10.6 años.¹⁴²

Otra manifestación de la existencia de un mercado de trabajo flexible en México, lo constituye la externalización de las relaciones de trabajo a través de la contratación de un tercero para realizar tareas parte del proceso productivo dentro o fuera de la empresa beneficiaria. Fenómeno que ha estado presente en México desde hace ya varias décadas, sin importar que la Ley Federal del Trabajo no haya sido reformada.

En el caso mexicano también han sido señaladas las bondades de la externalización para las empresas, por ejemplo, la posibilidad de reducir los gastos y controlar los gastos de operación, contar con servicios de información rápida, además de poder disponer de personal altamente calificado y especializado, y así

¹⁴² Franco, Eliana, *Reforma económica, productiva y mercado laboral en América Latina: un estudio comparativo de Argentina, Costa Rica, México y Perú*, OIT, 25 de julio de 2006: <http://white.oit.org.pe/portal/noticias.php?docCodigo=474>

contar con capacidades específicas para la empresa. Se ha dicho también que con este esquema hay mayor funcionalidad de la empresa, con lo cual se incrementa la adaptabilidad de la empresa a los cambios del mercado, lo que se traduce en mayor flexibilidad empresarial.

Entre ventajas y desventajas que ha encontrado en materia de subcontratación la Cámara de la Industria de Transformación (Camintra), y su Comisión de Subcontratación, se destacan:¹⁴³

<i>Oportunidades</i>	<i>Obstáculos</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Fortalecer los procesos, la interdependencia y la complementariedad entre empresas. 2. Sustituir las importaciones. 3. Permitir una mayor integración de las empresas de menor tamaño a los procesos de manufactura y ensamble de bienes. 4. Alternativa idónea para seguir operando e iniciar su incursión en el mercado internacional, ya sea en forma directa o indirecta. 5. Mejoramiento de la calidad. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Dificultades de las empresas micro, pequeñas y medianas para incorporarse al sistema de subcontratación por: a. Falta de conocimiento de los mercados. b. Baja calidad de los productos de los subcontratistas. c. Falta de financiamiento. d. Poca capacidad técnica. e. Incumplimiento de plazos de entrega. f. Falta de una adecuada gestión empresarial. 2. Incrementa los costos de producción. Se paga más al subcontratar, se tienen más costos. 3. La informalidad en los tiempos de entrega. 4. La mala calidad de los productos

De tal manera, que al igual que en otras partes del mundo, muchas de las actividades que apenas hace unos años se realizaban en una empresa, como parte de su organización empresarial, ahora se externalizan. Se encuentran bajo este esquema una creciente diversidad de actividades, por ejemplo: sistemas financieros y contables., mercadotecnia (por varios mecanismos como los *call centers* o *telemarketing*), diversos procesos y actividades relacionados con los recursos humanos y sistemas administrativos, vigi-

¹⁴³ CEPAL, *Procesos de subcontratación y cambios en la calificación de los trabajadores. Estudios de caso en México*, 3 de diciembre de 2008: <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/4604/indice.htm>

lancia de la empresa, organización de eventos, transporte, proceso de elaboración de nóminas, contabilidad general y financiera, recursos humanos y reclutamiento, proceso de cuentas por cobrar y facturación, los denominados servicios tecnológicos, etcétera.

Entre las “ventajas” que ofertan las empresas que prestan servicios de subcontratación, se encuentran aquellas que señalan la posibilidad de reducir entre 40 y 50% de costos que implica un proceso productivo, o parte del mismo. Las áreas de la economía en donde se ha visto su proliferación han sido, entre otras: automotriz, energía, servicios públicos, salud, manufactura, telecomunicaciones y entretenimiento.

A pesar de que no hay cifras concluyentes, algunos estudios hablan de que entre 2.4 y 4 millones de trabajadores en México estarían bajo este esquema y que el mercado vale cerca de 700 millones de dólares, mientras que otros estudios señalan que aproximadamente 10% de los trabajadores mexicanos están bajo este esquema. En estudios de caso y regionales las cifras cambian, por ejemplo en Quintana Roo el 20% de los trabajadores del área de servicios y hotelería tiene esta modalidad (la subcontratación).¹⁴⁴

La subcontratación presenta diversas características interesantes, entre las que están las siguientes: uno de los problemas recurrentes cuando se habla de este tema es sin duda el relacionado con su concepto. Esta dificultad deriva de varias razones: la primera tiene que ver con el hecho de que la palabra *outsourcing* o subcontratación, en el contexto mexicano, jurídicamente no remite a ningún significado concreto; se trata de un anglicismo que usan los administradores de empresas, los economistas y los sociólogos por igual, pero que adolece de una conceptualización jurídica formal, lo que dificulta, desde el ángulo jurídico, acercarse a su comprensión y entendimiento, además de hacer difícil su caracterización al no poder llegar con facilidad a describir lo que los clásicos denominaban como su “naturaleza jurídica”.

¹⁴⁴ Gómez, Carolina, *La Jornada*, México, 11 de octubre de 2007, p. 34.

Esta ausencia de legalidad en la conceptualización, trasciende el simple ejercicio intelectual y afecta el análisis que sobre la práctica se intenta realizar, ya que al no tener una identificación clara del fenómeno a estudiar, bajo un término tan ambiguo como el de “subcontratación”, caben muchas cosas y cada quien está entendiendo cosas diferentes. Pero más aún, no sólo la conceptualización y el análisis del tema resienten esta situación, lo más grave es que afecta en ocasiones los intentos legislativos para regular el tema, en los cuales advertimos constantemente esta ausencia de nitidez en los análisis y los diagnósticos y, en consecuencia, opacidad en las propuestas legislativas.

Como ya ha sido señalado en la parte conceptual del presente estudio, existen diversos términos asociados a la subcontratación, que le son más o menos cercanos: “tercerización”, “subcontratación”, “externalización”, “reubicación”, entre otros; los cuales a veces coinciden e incluyen al tema y en ocasiones no. Por ejemplo, al hablar de tercerización se quiere poner de manifiesto la participación de un “tercero”, como sería una empresa que ofrece servicios, en una relación que tradicionalmente era bilateral (la relación laboral); sin embargo, el término muestra sus limitaciones cuando hablamos de casos en donde la participación de ese tercero no es homogénea ni única, sino que puede asumir variantes. Por su parte, con la expresión “subcontratación” se busca mostrar, haciendo uso de una terminología propia del derecho civil, la posibilidad de que algunas de las actividades de una empresa queden “delegadas” o encargadas en manos de otra empresa; así, el manto del derecho privado no deja ver la manera como subsisten o se eliminan los derechos laborales, en estos casos. A su vez, con la palabra “externalización”, se pretende enfatizar una de las características que aparece muchas veces en la subcontratación y que es el hecho de que literalmente “salen” o se “sacan” del espacio físico de la empresa parte de los procesos productivos que realizaba una empresa; sin embargo, si vemos a detalle cómo operan las diferentes modalidades de subcontratación, en el mejor de los casos podemos decir que la “externalización” en efecto puede estarse refiriendo sólo a una modalidad, ya que hoy en día en mu-

chos casos no hay transferencia o cambio del espacio físico en donde se lleva a cabo y ejecuta la relación laboral.

Según puede verse, se trata en la mayoría de los casos de términos ilustrativos y gráficos que se refieren a situaciones específicas o cómo, en determinado momento y lugar (Europa, por ejemplo), cumplen una función determinada. Considerarlos sinónimos no hace más que abonar la confusión conceptual sobre el tema.

En la mayoría de los casos estamos ante la situación en que una empresa transfiere mediante algún mecanismo, un proceso productivo, total o parcialmente a otra empresa, jurídicamente diferente a la inicial, para que realice el trabajo encomendado. Generalmente encontramos dos posibilidades: una, donde la empresa contratada tiene su propio personal para hacer las tareas, o bien, otra, donde la nueva empresa recibe a los trabajadores que inicialmente ya estaban realizando el proceso que se transfiere. En este caso, una empresa contacta a otra empresa especializada en algún proceso, y ésta le transfiere de manera temporal o definitiva, a trabajadores para que lleven a cabo una determinada tarea. Las labores pueden o no llevarse a cabo en las instalaciones de la empresa usuaria.

El problema fundamental, en cualquier manifestación contemporánea en donde el trabajo se reubica, externaliza o subcontrata, tiene que ver, en muchas ocasiones, con la falta de claridad sobre la manera como quedan resguardados y protegidos los derechos de los trabajadores involucrados, y frente a lo cual, al menos en el caso mexicano, el marco jurídico vigente muestra sus limitaciones.

En ocasiones también tenemos acercamientos al tema desde la óptica macroeconómica, en donde algunos expertos han señalado que "...el *outsourcing* son, en esencia, esquemas de integración entre compañías y naciones vía la descentralización, desconcen-

tración y disgregación de la producción de bienes y servicios”.¹⁴⁵ Otras veces se dice que se puede

...delegar, a mediano o largo plazo, uno o más procesos no estratégicos del negocio a un tercero especializado, con el fin de conseguir una mayor efectividad transfiriendo riesgos a un tercero que pueda dar garantías de experiencia, integridad, responsabilidad, compromiso y seriedad en el área...¹⁴⁶

Mientras que para otros el *outsourcing*

se trata de un proceso de reestructuración de las relaciones de producción y de las prácticas empresariales donde se externalizan los trabajos que no son parte de las actividades principales. En este conjunto de cambios, primero se delegan en manos de terceros los servicios que antes eran realizados por personal contratado directamente por la empresa. Entre ellos están los servicios de limpieza, seguridad, cafetería y transporte.¹⁴⁷

Como se puede apreciar, en muchos de estos intentos por describir y conceptualizar la subcontratación, una de las ideas constantes presente es que estamos frente a un mecanismo con el cual se logra separar o alejar parte de la actividad de una empresa y sus procesos o actividades de trabajo que hasta hace algunos años se consideraban normales. Sin embargo, vale la pena insistir en el hecho de que la característica de ese “alejamiento” de una parte del proceso productivo, no siempre es un signo distintivo de la subcontratación, ya que en muchas ocasiones las labores se efectúan coincidiendo en el tiempo y lugar con la empresa o centro de trabajo que se está beneficiando del mismo, de tal manera que

¹⁴⁵ Cfr: León Opalin, C., “Subcontratación y *outsourcing*, procesos inherentes de la globalización”, *Contaduría Pública*, México, núm. 419, julio de 2007, p. 15.

¹⁴⁶ Cfr: Arévalo, C., “*Outsourcing*”, *Contaduría Pública*, *cit.*, nota previa, p. 40.

¹⁴⁷ Fressmann, R., *Subcontratación de mano de obra en México*, México, Friederich Ebert Stiftung, 2005, p. 11.

probablemente en muchos casos, el aspecto que se relacionaba con la lejanía física de parte de un proceso productivo fue sólo una característica que distinguía a la subcontratación, pero que hoy en día aparece en lo formal (contratos y demás documentos legales), pero no en lo real.

En el caso de México, desde hace varios años se asiste a un debate en torno a la importancia e impacto de la subcontratación, y sobre las posibles opciones de regulación de la misma con independencia de que no haya sido conceptualizada con claridad en nuestro país. Así, tenemos por ejemplo que en el ámbito académico se han venido señalando las dificultades que este fenómeno representa para la legislación laboral vigente. También, como ya se ha anotado, conceptualmente representa un reto ya sea porque no es posible englobar la subcontratación en la relación de subordinación clásica del derecho del trabajo o porque, quizás simplemente, deben señalarse que existen cadenas de responsabilidades jurídicas entre quienes participan en una relación triangular.

Teniendo como referencia estas ideas preliminares, en esta parte de nuestro estudio se intenta presentar de manera breve los diferentes ángulos a partir de los cuales el sistema jurídico mexicano aborda el tema de la subcontratación, con la finalidad no sólo de mostrar la complejidad jurídica que plantea un tema como éste, sino también con el fin de proponer una esquema integral de análisis jurídico del mismo. De esta manera se puede hablar de la regulación de la subcontratación alrededor del derecho del trabajo (*infra* subapartado I), de la subcontratación dentro del derecho del trabajo legislado (*infra* subapartado II) y del papel que ha desempeñado la jurisprudencia para señalar los alcances de la legislación en materia d subcontratación (*infra* subapartado III). Así como el papel que han desempeñado las instituciones de seguridad social (*infra* subapartado IV). Además de cómo el Estado a través de sus políticas públicas ha abordado el tema (*infra* subapartado V).

I. LA SUBCONTRATACIÓN ALREDEDOR DEL DERECHO DEL TRABAJO

La historia de derecho del trabajo es en buena medida la historia de un sector del orden jurídico que vive en la constante búsqueda por “atrapar” y regular fenómenos que se vienen presentado en la realidad de la economía y los centros de trabajo, para darles una existencia formal en el orden jurídico; así pasó históricamente con instituciones básicas el mundo del trabajo como la relación de trabajo y la huelga, por solo mencionar dos casos. Hoy la normatividad laboral se encuentra, una vez más, frente a un nuevo reto que es el tratar de ocuparse y dotar de marcos jurídicos al fenómeno de la subcontratación, en donde su capacidad de adaptación y elasticidad están a prueba.

México se encuentra en retraso y a destiempo, ya que son muchos los países que en los últimos años han avanzado hacia la construcción de un modelo de regulación de la subcontratación desde varias perspectivas; entre esas naciones, por lo menos en América Latina, están Uruguay, Brasil Chile, Argentina, Perú, Ecuador y Colombia.¹⁴⁸

El marco jurídico mexicano que estaría llamado a regular el fenómeno de la subcontratación es amplio y al paso de los años se ha venido haciendo cada vez más complejo, justamente porque no se han determinado los contornos y alcances jurídicos del mismo; hoy en día son varias las áreas jurídicas en las cuales pueden encontrarse ramificaciones que se ven involucradas con este tema, las cuales vale la pena desagregar para tratar de identificar en ellas su vinculación con el asunto que nos ocupa.

1. *El derecho constitucional*

En materia constitucional existen varios artículos que de manera específica se dirigen a las relaciones obrero-patronales. Den-

¹⁴⁸ Cfr. Bueno Rodríguez, L. y Dean, M. (coords.), “*Outsourcing* (tercerización). Respuesta de los trabajadores”, México, CILAS, 2009.

tro de éstos destaca el artículo 123, el cual establece una serie de garantías mínimas que disfrutaban los trabajadores con motivo de una relación de trabajo, pero no se ocupa de situaciones laborales como las que están implicadas en fenómenos de subcontratación, o al menos no de manera clara o directa. Se podría decir que entre estas disposiciones existen excepcionalmente algunas que pudieran ser aplicables al tema, de manera indirecta.

La fracción XXV se refiere al “servicio para la colocación de los trabajadores”, el cual se podrá llevar a cabo por instituciones públicas o privadas. Como ya lo comentábamos líneas arriba, esta idea tiene que ver más con la figura de intermediación que es regulada por la ley reglamentaria de la Constitución y que muchas veces puede aparecer como parte de una relación laboral en la cual se presenta la modalidad de subcontratación, pero, como ya se indicaba, no debe confundirse con una relación laboral, en la medida que no forma parte de la misma.

La fracción XXVIII señala que serán condiciones nulas y no obligarán a los contratantes, aunque se expresen en los contratos, inciso h) “...todas las estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio de los trabajadores”. Cabe hacer la precisión de que cuando la Constitución habla de condiciones nulas, se refiere a aquellas expresiones que se pudieran incluir en los contratos de trabajo, y no en los contratos civiles que incluyan referencias a temas laborales. La prohibición de no incluir estipulaciones que impliquen alguna renuncia de derechos, aunque abstracta, es importante, ya que debe servir de guía ante una eventual regulación laboral de la subcontratación, así como argumento fundamental en un litigio ante los tribunales laborales, en donde se intente menoscabar derechos de los trabajadores a través de contratos que se pretenden presentar como de derecho civil y que en realidad involucren nuevas modalidades laborales o de prestación de un trabajo personal en régimen de semisubordinación.

2. *El derecho civil*

En los últimos años, al abordar este asunto entre los juristas, casi de manera automática el debate se ubica en el terreno del derecho social (laboral, seguridad social, derecho a la habitación, etcétera) y excepcionalmente en el fiscal; sin embargo, quisiéramos destacar de inicio que la subcontratación visto como un esquema de relación entre empresas tiene también un origen formal del cual poco se habla y que generalmente es por medio de él que se inaugura y se instala un esquema de esta naturaleza entre las empresas; en efecto, estamos hablando del contrato de carácter civil por medio del cual una empresa pacta con otra la realización de un servicio, y la otra empresa acepta y se compromete a pagar cierta cantidad por ese servicio, idea primigenia con la cual se inicia la construcción de un esquema de subcontratación entre empresas.

Es en el terreno de las normas civiles en donde aparece la subcontratación, espacio en el cual las empresas formalizan sus acuerdos y alcances; para ello generalmente se recurre a la figura del contrato de servicios profesionales entre empresas, el cual se encuentra regulado de manera general por el Código Civil en su artículo 2606 en el caso del Distrito Federal. Se trata de un contrato por medio del cual “una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios que requieren preparación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario”.¹⁴⁹

Estamos entonces de lleno en el terreno del derecho privado, en el cual los espacios destinados a la autonomía de la voluntad de las partes son amplios, y de antaño se ha dicho que lo que pacten las partes en estos terrenos, será la ley entre ellas, ya que el contrato es ley entre las partes.

Sin embargo, el contrato de servicios profesionales, tal y como lo señala el Código Civil, haría pensar en una persona física, ya

¹⁴⁹ Cfr. Sánchez Meda, R., *De los contratos civiles*, 4a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 283.

que se habla de un profesionista o profesor. Al utilizar la palabra “profesor” como sinónimo de profesionista, se reafirma la intención del legislador de hablar de una persona física.

No obstante, el contrato de servicios profesionales ha servido en el caso mexicano para regular la presentación de la subcontratación. En el contrato pueden aparecer diversas modalidades, por ejemplo, proporcionar recursos humanos de acuerdo a un perfil y características específicas de una empresa, la realización de una parte concreta de un proceso productivo, o bien la realización con recursos propios, tanto humanos como materiales, de dicho proceso, etcétera. En el contenido normativo de este contrato, son de llamar la atención los acuerdos que pueden alcanzar las partes contratantes sobre los derechos laborales de los trabajadores involucrados o afectados al cumplimiento del objeto del contrato. Entre esos acuerdos está por ejemplo el que la empresa que ofrece el servicio pueda en ocasiones asumir la calidad de patrón frente a los trabajadores, aun cuando éstos realicen el trabajo bajo la supervisión directa y tangible de la empresa a quien se le oferta el servicio, transgrediendo con ello toda la historia del concepto de relación de trabajo. Asimismo, en este contrato puede quedar pactado, aunque no siempre es el caso, quién asumirá el cumplimiento de ciertas obligaciones como el pago de contribuciones a la seguridad social y al Infonavit, Sistema de Ahorro para el Retiro, etcétera. En este punto es interesante advertir cómo en muchas ocasiones se asume un esquema de simulación, ya que si bien es cierto en el contrato civil puede la empresa a la que se le ofrecen los servicios, comprometerse a hacer el pago de dichas contribuciones como parte del costo de los servicios que está contratando, también lo es que la presentación efectiva del pago correspondiente lo hace generalmente la empresa que está ofreciendo el servicio en su calidad de “patrón” de los trabajadores. De igual manera, uno de los “atractivos” de estos contratos está en el hecho de que la empresa que ofrece el servicio puede asumir el compromiso de liberar a su cliente de cualquier contingencia de tipo laboral, incluyendo demandas ante los tribunales laborales que llegaran a interponer los trabajadores involucrados en el

servicio que se ofrece; incluso en ocasiones hay un compromiso de rembolsar a la empresa que utiliza los servicios, las cantidades que pudiera haber erogado con tales contingencias. En otras ocasiones, el contrato de servicios profesionales viene acompañado de una serie de reglas y modalidades que la empresa que usa el servicio debe de observar frente a los trabajadores que laboren bajo esta modalidad, por ejemplo, códigos de conducta, formas y formatos para sancionar (incluyendo el posible despido), formas de dar instrucciones, instrucciones sobre los que se debe y lo que no se debe hacer y dar a los trabajadores, etcétera.

Una mención aparte es la relativa a la antigüedad de los trabajadores involucrados en un esquema de subcontratación, ya que es muy importante saber si se trata de la modalidad en la cual los trabajadores ya laboraban en la empresa que contrata los servicios y solamente se formaliza un nuevo contrato con ellos, pero siguen trabajando para la misma empresa, en este caso el tema de la antigüedad es prioritario y presenta una gran relevancia, ya que la empresa que ofrece el servicio de subcontratación, tiene que dejar en claro si “recibe” y contrata a esos trabajadores con o sin el reconocimiento de antigüedad de cada uno de ellos. De hecho, el costo de los servicios profesionales, puede variar en función de qué tan antigua es la plantilla de trabajadores que se trasladan al nuevo esquema.

Más allá del clausulado en temas como la identificación de las partes, el precio, la duración, etcétera, este tipo de contratos tiene un “núcleo laboral” respecto del cual se adolece de control jurídico; este núcleo se refleja en cláusulas que tienen como objeto el reconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores involucrados; de ahí que tenga gran importancia que ese clausulado reúna características que permitan el cabal respeto del marco jurídico laboral vigente, sin menoscabo de derechos individuales y colectivos de los trabajadores. De este modo, nos parece que un contrato civil de esta naturaleza, por lo menos en lo que toca a su núcleo laboral, no puede servir de mecanismo de evasión o limitación de tales derechos, de tal manera que un acuerdo privado, como un contrato de servicios profesionales, o incluso otra mo-

dad, no puede estar por encima de derechos sociales y constitucionales, de tal suerte que su validez tendría que ser acotada cuando se exhibe ante los tribunales competentes.

Como puede advertirse, se trata de contratos de carácter civil pero que tienen gran impacto social, en atención a la diversidad de aspectos extra privados que tocan. No hay que olvidar que los derechos laborales son de carácter público y social y que, como rezan los primeros artículos de la Ley Federal del Trabajo (LFT), exige respeto para las libertades y dignidad de los trabajadores, aparte de que debe prestarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso, entre otros planteamientos. Estas afirmaciones no sólo forman parte de los principios inspiradores de la legislación laboral, sino que incluso no pueden estar sujetos a limitaciones en acuerdos o contratos privados; el límite de la voluntad de las partes en los contratos civiles está marcado por normas de orden público como las laborales. Si bien es cierto que tratándose de contratos de servicios profesionales, estamos en el terreno del derecho civil, también es conveniente discutir y valorar la posibilidad de que el Estado pudiera tener algún tipo de intervención en ese espacio contractual; las razones que justificarían dicha intervención serían muchas, pero una de ellas sería que está en juego la protección y respecto de los derechos de amplios sectores como son los trabajadores sujetos a una relación de trabajo triangular, en donde no ha mediado su consentimiento para involucrarse en una relación de este tipo, sino más bien, la necesidad primaria de contar con un medio de subsistencia.

Cuando hablamos de la posibilidad de que el Estado pueda “invadir” el espacio contractual privado, no se trata de una idea nueva, ya que en diferentes momentos el Estado mexicano ha intervenido por diversas razones en sectores y temas como los derechos del consumidor, y derechos como el de la vivienda por la vía de los derechos de los arrendatarios, etcétera. Asimismo, en algunos países la intervención estatal se ha dado de manera diversa, por ejemplo mediante la incorporación de requisitos de validez de los contratos, como la autorización de esos contratos, un registro de los mismos u otra modalidad. Lo que en última instancia desea-

mos expresar es que no debe verse al espacio de los contratos de servicios profesionales cuyo objeto es la subcontratación como un espacio sagrado e intocable, sino que la libertad privada de contratar tiene matices y márgenes dentro de los cuales esa libertad puede expresarse, pero que en ningún caso esa libertad de pactar puede estar por encima del marco jurídico vigente en un país. De ahí que sería conveniente incorporar al debate el tema de las características que deben asumir los contratos civiles. Hay que anotar, como lo comentamos más adelante, que de manera discreta la jurisprudencia se ha ocupado de este espacio a propósito de algunas modalidades concretas de subcontratación; sin embargo, no se trata de una posición extensiva a todas las modalidades.

II. LA SUBCONTRATACIÓN EN EL DERECHO DEL TRABAJO LEGISLADO

Resulta fundamental detenerse en los conceptos y reglas vigentes en la Ley Federal del Trabajo que tienen que ver con el tema de la subcontratación. Al respecto, se debe estudiar la noción de trabajador, patrón, empresa, intermediario, trabajador a domicilio, sustitución patronal y contratación colectiva.

1. *El concepto de trabajador*

Uno de los conceptos básicos a partir de los cuales al paso de los años se construyó el derecho del trabajo, fue el de “trabajador”, figura a la cual se le atribuyeron legalmente ciertas características y atributos que, una vez identificados, permitirían la plena aplicación del estatuto laboral. Sin embargo, la forma como hoy este concepto estelar se presenta en la realidad ha cambiado y se ha diversificado, permitiendo en muchos casos la evasión de las normas laborales. Hay que recordar que el artículo 8o. de la LFT se define al trabajador como la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. Se trata de un concepto que ha sido complementado por la jurisprudencia

para precisar la manera y los términos en que objetivamente se puede manifestar la “subordinación” como elemento característico y distintivo de la relación laboral. Tanto la doctrina como las interpretaciones han señalado que la subordinación tiene por lo menos dos facetas, por el lado del patrón la facultad de señalar cómo han de realizarse los trabajos, y por el lado del trabajador, la correspondiente obligación de acatar y obedecer las órdenes e instrucciones que le dé su patrón. Estas ideas partieron siempre de la premisa de una situación dual en la cual intervenían dos actores, patrón y trabajador, cada uno de los cuales tenían formalmente y ejercían prácticamente sus competencias.

No obstante, la subcontratación ha venido a distorsionar esta premisa de varias maneras, ya sea incorporando otros actores en la relación laboral, y nuevas maneras de ejercer la subordinación, la cual en la mayoría de los casos aparece difusa, ya que el reconocimiento formal de la misma, por ejemplo en un contrato de trabajo, no siempre coincide con quien la ejerce en los hechos. Es por ello que frente a la subcontratación, el concepto “subordinación” aparece limitado, ya que no incluye nuevas maneras en que en esta época se puede manifestar dicha facultad de ordenar y la de realizar el trabajo.

Frente a los nuevos fenómenos laborales, conceptos como el de subordinación aparecen añejos y vetustos. El viejo esquema de una facultad de ordenar a un trabajador y señalarle las directrices de cómo llevar a cabo su trabajo, en un momento y lugar determinados y de manera directa, aparecen hoy como elementos rebasados que impiden a la actual legislación abarcar la subcontratación de manera clara y le asigne de manera inequívoca las consecuencias de la responsabilidad laboral patronal.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Son sólo algunas ideas que obligan a asomarse a los debates y estudios sobre las tendencias en materia de significado de la subordinación. Cfr. Sánchez Castañeda, A., “¿Hacia la decadencia del contrato de trabajo?”, en Kurczyn, Villalobos, Patricia y Puig Hernández, Carlos Alberto (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Dr. Néstor de Buen*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 767.

2. *El concepto de patrón*

Otro concepto que sin duda se ve cuestionado cuando se habla de subcontratación es el de “patrón”. El actual artículo 10 de la LFT define como patrón a la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores. Si bien históricamente este concepto legal se acepta y se ha digerido sin mayor cuestionamiento, hoy en día su relectura acarrea cuestionamientos y dudas sobre sus alcances; por ejemplo, la palabra “utiliza”, la cual en sí misma tiene cierta dosis de peyorativa, pareciera referirse exclusivamente a una relación entre dos partes, patrón y trabajador, pero no abarcaría a aquellos actores (*v. gr.* una empresa de subcontratación) que de una u otra manera están participando o involucrados en el “uso” de la fuerza de trabajo.

En efecto, en la relación laboral tradicional hay dos partes, el régimen de las relaciones de producción en el siglo XX se construyó bajo la premisa de una relación y conflictividad entre, como se dice en México, “los factores de la producción”, que involucra a quien oferta su trabajo y a quien se sirve del mismo. Sin embargo, cuando esa relación simbiótica aparece distorsionada y sin la suficiente nitidez, como en el caso de la subcontratación, el derecho del trabajo muestra su fragilidad.

En este caso, así como en el concepto de trabajador, la figura del patrón aparece difusa, confusa y en ocasiones multiplicada, ya que las atribuciones y calidades ubicadas antaño en una sola persona, física o moral, hoy aparecen “diluidas” y repartidas entre varios personajes, ninguno de los cuales reúne a plenitud las características de la figura patronal. Una vez más pareciera que el derecho del trabajo, al menos en México, pierde la brújula y deja ver sus carencias frente a patrones cuyas características hoy se le presentan encarnadas en varios personajes. Como si se tratara de una *terra ignota*, el pánico de los laboristas deriva del hecho de que la normatividad existente y vigente, frente a la pluralidad de posibles responsables de la relación laboral, no cuenta con “antídotos” que eviten su inaplicación. Al respecto, sería importante discutir la posibilidad de avanzar hacia un nuevo concepto de pa-

trón, o por lo menos, hacia el reconocimiento de nuevas maneras en que un patrón se puede presentar en las relaciones de producción.

3. *El concepto de empresa*

El espacio en el cual viven las relaciones laborales es en la empresa, y es en este terreno en el cual también la subcontratación hace titubear a los conceptos tradicionales. Hay que recordar que el artículo 16 de la LFT define a la empresa como "...la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios...". Pareciera que el concepto de empresa, aunque también el de sucursal al que se refiere la LFT, tiene un significado tangible y objetivo al tratar de identificar una estructura dedicada a la producción y distribución de bienes o servicios. Sin embargo, la ley no le atribuye consecuencias y efectos a esa estructura, quizás el legislador quiso incluir una idea que no desarrolló en el resto de la Ley. Hoy el concepto tiene sentido sólo en la medida que permita distinguir la empresa de la sucursal, pero dicha noción carece de un régimen jurídico que permita ver su importancia; en ese sentido, el concepto de empresa en la ley mexicana aparece como un concepto trunco e inacabado.

Sin embargo, la trascendencia de concepto de empresa puede ser buscada en otros espacios del conocimiento, por ejemplo en la administración de empresas, en donde la idea de empresa y sucursal tiene un significado estructural de gran relevancia tratándose de organización de los procesos productivos, y en donde puede encontrarse que una subcontratación puede estar o no formando parte de una "empresa", en la medida que integra procesos más amplios, idea ésta que no se encuentra reflejada en las normas laborales vigentes y por consiguiente sin un sentido claro de su existencia formal en la Ley.

Estamos así, ante un concepto que si bien lo contempla la LFT, ésta no lo dotó de un amplio contenido jurídico, y que además

no ha sido suficientemente explorado, ni por la doctrina ni por la jurisprudencia en México.

Concepto que ofrece un terreno fértil, como ha quedado demostrado en otras latitudes, para el análisis tratándose de la subcontratación. Al menos en México no se ha llegado a estudiar la exacta relación que existe entre el concepto patrón y el concepto empresa, y es aquí en donde se pudiera avanzar hacia la construcción de un concepto de empresa que incluya las nuevas situaciones que se vienen presentando.

4. El concepto de intermediario

Como se sabe, hay intermediarios públicos y privados con un marco jurídico que desborda al ámbito exclusivamente laboral. La fracción XXV del artículo 123 constitucional apartado A, habla del “servicio para la colocación de los trabajadores”, indicando que será gratuito. En muchas ocasiones la subcontratación se confunde con la intermediación, en aquellos casos en que una empresa recluta, selecciona y contrata trabajadores y los pone a disposición de una empresa; hay que tener cuidado en ver con detenimiento cuándo estamos ante un caso típico y puro de intermediación o frente a otro tipo de relación, que tuvieran algún ingrediente laboral.

El deslinde se da a partir de conocer si los trabajadores involucrados en una intermediación, trabajan directamente para el intermediario, caso en el cual el intermediario frente a ellos asume la calidad de patrón, o bien el intermediario los puso sólo en contacto con una empresa o patrón, caso en el cual estaríamos ante un intermediario “puro”. En la subcontratación este concepto aparece poco funcional, en la medida que tenemos empresas que realizan directamente tareas cuyo producto va a parar a otra empresa, o bien, contratan trabajadores que laboran para otra empresa pero que conservan algún tipo de relación con ellas (pagos, supervisión, etcétera). Esta diversidad de situaciones hace que en los hechos en ocasiones tengamos intermediarios híbridos, los

cuales si bien al inicio de una relación laboral ponen en contacto a trabajadores con una empresa, una vez que dichos trabajadores están laborando para dicha empresa, no se desvinculan totalmente de esa relación laboral, lo cual impide hablar de intermediarios en el sentido que la ley señala.

La idea tradicional de lo que es un intermediario es más o menos clara, según la LFT lo define en su artículo 12, como la persona que participa sólo en la contratación de otra u otras personas para que presten servicios a un patrón; su intervención en una relación laboral tiene momentos y alcances precisos, que si se alteran configuran otro tipo de relación y no la de un intermediario.

La ley mexicana también se ocupa de varias hipótesis para descartar la existencia de intermediarios, tratando de identificar en qué casos estamos ante un patrón, para de esa manera atribuir las responsabilidades laborales que sean procedentes, estas hipótesis están previstas en los artículos 13, 14 y 15 de la LFT.

Se trata de un personaje que media entre una oferta de trabajo y la demanda del mismo, al acercar a las dos partes interesadas e involucradas, con la finalidad de que se concrete y realice una relación de trabajo. La participación de intermediario frente a una relación laboral, tal y como está concebida, inicia y se agota en esa labor de poner en contacto al trabajador y al patrón para el cual va a prestar sus servicios. Algunos autores caracterizan esta figura diciendo que

La intermediación es anterior a la constitución de la relación laboral. Consiste en que una persona conviene con otra u otras para que se presenten a trabajar en determinada empresa o establecimiento; es decir, el intermediario no recibe el trabajo de la persona contratada. Realiza las actividades de un mandatario o gestor o agente de negocios. Entre las denominaciones que se le asignan están las de “enganchador” o “celestina”.¹⁵¹

¹⁵¹ Cfr. Dávalos, J., *Derecho del trabajo*, 4a. ed., México, Porrúa, 1992, vol. I, p. 100.

Según lo ha concebido la ley mexicana, la intervención del intermediario es efímera en el nacimiento de una relación laboral, ya que desaparece al momento en que se firma un contrato de trabajo por parte de un trabajador para una empresa, o bien se inicia una relación de trabajo objetivamente hablando, o ambas, pero una vez sucedido esto, el intermediario desaparece de la escena. Este último elemento es importante cuando hablamos de algunas modalidades de subcontratación, ya que se puede llegar a confundir en la práctica. Muchas veces la manera como se desarrolla una relación de esta naturaleza, por lo menos en sus primeras fases, se acerca efectivamente a la figura del intermediario, por ejemplo cuando se pone en contacto a un trabajador con una empresa. Hasta ahí parecieran coincidir la subcontratación con el intermediario; sin embargo, una vez concretada la relación de trabajo o el contrato de trabajo, la figura de la subcontratación subsiste y se mantiene como un actor y personaje actuante en la ejecución de la relación laboral, asumiendo de muy diversas maneras ciertas responsabilidades en el desempeño y ejecución de la naciente relación de trabajo. Es esta subsistencia de la presencia y la participación de la empresa de subcontratación, lo que la distancia de la figura de intermediario, y que permite en consecuencia verlas como figuras totalmente diferentes.

Sobre este asunto, la LFT, coherente con esta idea, agrega en el artículo 13 que no serán considerados intermediarios quienes contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios y suficientes y puedan, de esa manera, cumplir con las obligaciones que asumen con los trabajadores. Este artículo establece la responsabilidad solidaria entre los beneficiarios directos de las obras o servicios, en caso de que el patrón que los haya contratado no pueda cumplir con las obligaciones laborales. Este concepto de responsabilidad solidaria buscaría de esta manera resguardar el pago de los derechos laborales que se hayan generado.

Por otra parte, el artículo 14 establece ciertas obligaciones para quienes hayan recurrido a un intermediario en la contratación de trabajadores. Estas obligaciones tienen que ver con un intento del legislador por proteger a los trabajadores que son incorporados

a la empresa por esta vía, al señalar que dichos trabajadores tendrán derecho a prestar 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, por otra parte, la Ley agrega que los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores. Si bien la ley mexicana, en este caso, pareciera ser bien intencionada, lo cierto es que estamos frente a una situación en donde el texto legal muestra su total inaplicación, ya que en el caso de la subcontratación, por lo menos en una modalidad del mismo, efectivamente llegan a la empresa trabajadores que conviven con aquellos preexistentes en el centro de trabajo, y frente a los cuales no necesariamente habrá igualdad de condiciones y derechos laborales como pregonaba la Ley, pues uno de los “atractivos” de la subcontratación es precisamente la posibilidad de contar con trabajadores con diferentes derechos laborales (menores o inferiores). Asimismo, la redacción del texto legal, comprensible para el sentido común, se presenta opaca para los tribunales laborales, ya que una de las condiciones que pide la ley para que tener mismos derechos es que los trabajadores, que llegan y los que ya estaban, realicen “trabajos similares”. Esta expresión ha sido objeto de interpretaciones en las cuales lo “similar” tiene una amplia extensión y variados significados, que van desde las condiciones formales, tipo de contrato, horario de trabajo, antigüedad en el puesto, hasta otras más ambiguas como la productividad o las funciones que se realizan, con lo cual la posibilidad de que se dé en los hechos o que incluso se reclame ante los tribunales con éxito aquella igualdad de derechos, se esfuma.

Asimismo, en el caso del mandato legal que dice que los intermediarios no podrán recibir ninguna retribución o comisión con cargo a los salarios de los trabajadores, cabe señalar que lamentablemente no existen estudios para evidenciar la violación a este precepto; sin embargo, dejando de lado el caso de los intermediarios públicos, tanto federales como estatales, los cuales en principio tienen prohibido cobrar por sus servicios de intermediación, las empresas privadas dedicadas a esta labor cobran por sus servi-

cios, ya sea a la empresa a la cual mandan a los candidatos a trabajadores, o a los mismos futuros trabajadores por vías indirectas y no con cargo a sus salarios, como lo prohíbe la Ley.

Finalmente, el panorama legal se ve completado con el artículo 15, que establece una hipótesis según la cual habrá responsabilidad entre empresas cuando una de ellas ejecute en forma exclusiva o principal trabajos para otra, y no pueda hacer frente a las obligaciones con sus trabajadores. Se trata de dos supuestos, el primero es cuando una empresa realiza obras o servicios en forma exclusiva para otra, es decir el total de su producción va a parar a otra empresa que en calidad de beneficiaria recibe esos servicios. En el segundo supuesto, se trata de una empresa que si bien tiene varios clientes, dedica la mayoría de su producción a otra empresa. En estos casos, la Ley establece una responsabilidad solidaria entre dichas empresas, es decir, la empresa beneficiaria será solidariamente responsable con aquella que le provee los servicios o los bienes.

En el caso de la subcontratación estas hipótesis legales adquieren gran relevancia, pues en muchas ocasiones los esquemas de asociación empresarial en que se presentan tienen estas características, ya sea que la empresa de subcontratación realiza en forma exclusiva tareas para otra, o bien de manera principal; sin embargo, el mandato legal de la existencia de una responsabilidad solidaria entre esas empresas, se oculta expresa o tácitamente, no advirtiendo al contratante de los servicios de subcontratación de esta posibilidad, o bien, no incluyendo esta disposición o eventualidad en los contratos civiles entre las empresas involucradas.

5. El trabajo a domicilio

Esta modalidad de trabajo tuvo su auge en ciertas etapas de desarrollo industrial en países como México, que en épocas recientes pareciera resurgir.

El trabajo a domicilio consiste en la posibilidad de que se realice una actividad en el domicilio del trabajador en un local que éste

elija y sin —dice la ley— la “vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo”. En alguna medida el trabajo a domicilio es un antecedente, a menor escala, de la subcontratación, donde la subordinación asume otras modalidades diferentes a las tradicionales, inmediatas y cotidianas de una relación de trabajo. Hay que recordar que existe un régimen laboral especial en la LFT con una serie de regulaciones que buscan encuadrar jurídicamente la realización de este tipo de actividades.

6. *La sustitución patronal*

El legislador mexicano consideró conveniente incluir en la Ley una hipótesis que consiste en la eventualidad de que la propiedad de una empresa sea modificada, atribuyéndole a este hecho efectos jurídicos. Hay que recordar que el artículo 41 de la LFT establece un mecanismo de aplicación temporal por medio del cual se busca proteger los derechos de los trabajadores cuando se sustituya a un patrón. La LFT señala que “la sustitución del patrón no afectará las relaciones de trabajo de la empresa o establecimiento” y que

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.

Se trata de una hipótesis que se presenta en ciertas ocasiones cuando una empresa transfiere a la modalidad de subcontratación parte de su personal a otra empresa; sin embargo, en buena medida la protección operará en función de la manera como se haya formalizado dicha sustitución, tanto en los documentos suscritos entre las empresas como en los nuevos contratos de trabajo, lo cual deja siempre un amplio margen a la discrecionalidad. Aquí se presenta dos espacios jurídicos que hay que analizar por separado; por un lado, los acuerdos o actos jurídicos en donde quede plasmada la modificación en las características de la empresa

(contratos de venta de la empresa, etcétera), y por otro, la subsistencia o suscripción de los nuevos contratos de trabajo de los trabajadores de empresa en donde se dé la sustitución patronal; en ambos terrenos, el respeto a los derechos laborales debiera aparecer expresamente señalado, lo cual no siempre es el caso.

7. La contratación colectiva

En el caso mexicano, queda la impresión de que el sindicalismo ha reaccionado de manera tardía frente a la subcontratación, la cual incluso hoy en día en muchos sectores no acaba de ser plenamente entendido. Tal situación se refleja en el lento aunque creciente debate en los ámbitos sindicales del tema, y por extensión frente a las propuestas de adecuación al marco jurídico que pudiera relacionarse con él.

En materia de contratación colectiva, si bien es cierto no existe por ahora un estudio que dé cuenta de la situación que en México guarda la contratación colectiva frente a la subcontratación y la manera como se ha incluido su regulación en cláusulas de contratos colectivos. Sin embargo, a partir del estudio de las posiciones que han emitido diversos sectores del sindicalismo mexicano, podemos decir que en términos generales la posición de los sindicatos ha sido de rechazo a este tipo de prácticas que en muchas ocasiones limita su accionar de varias maneras, por ejemplo reduciendo su membrecía, dificultando su labor de gestoría y defensa de los trabajadores, precarizando el empleo y con ello alejando de su radio de acción potenciales trabajadores sindicalizables, etcétera.

Por otro lado, y sin que por ahora se tengan los datos que permitan sustentar plenamente la siguiente apreciación, se presume que la posibilidad de recurrir a las diferentes modalidades de subcontratación en México ha contado con la aceptación y complacencia de una buena parte de los sindicatos, sobre todo en aquellos sectores del sindicalismo en el cual se adolece de una sólida representatividad y se tiene un tipo de sindicalismo pasivo y de

protección patronal, que está más preocupado por atender las necesidades de la empresa que los reclamos de los trabajadores.¹⁵²

Queda la impresión que son pocos los sindicatos que han pasado a la acción asumiendo una estrategia clara y activa frente al fenómeno de la subcontratación; entre estos gremios encontramos algunos casos en los que se han agregado a sus contratos colectivos cláusulas en las cuales, o se acepta abiertamente que la empresa “externalice” trabajadores, en ocasiones sólo con un compromiso de que los recontrate u otra medida similar; o bien, se redactan cláusulas en las que la empresa asume algún tipo de compromiso en el sentido de verificar que los trabajadores que llegan vía la subcontratación se les respeten sus derechos laborales. Sin embargo, también persisten algunas prácticas en donde los sindicatos reciben una retribución económica si permiten la subcontratación en ciertas actividades.

En todo caso estamos ante un terreno fértil en donde la negociación colectiva aún no ha desarrollado plenamente su potencial en el tema, y mucho menos se ha expresado en una estrategia sindical definida por parte de los sindicatos en los contratos colectivos.

III. LA SUBCONTRATACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA

En el análisis del marco jurídico que regula la subcontratación en México, no puede faltar una referencia a las interpretaciones que han hecho de las normas involucradas los tribunales competentes por la vía de la jurisprudencia. En efecto, en los años recientes podemos encontrar algunos criterios interpretativos que muestran a una jurisprudencia titubeante, ya que no acaba de ocuparse de manera amplia del tema. Además de que la naturaleza de nuestro derecho, legislado, no deja un amplio margen para un

¹⁵² Algunos estudios han llegado a la conclusión que este tipo de sindicatos es tal vez el más extendido en el caso mexicano. *Cfr.* Bensusán, Bouzas, Robles y otros, *Contratación colectiva de protección en México. Informe a la Organización Regional Interamericana de Trabajadores*, México, UNAM, 2008.

desarrollo jurisprudencial del derecho del trabajo. Sin embargo, se puede hacer referencia a una jurisprudencia o algunos criterios jurisprudenciales dignos de resaltar relacionados con la subcontratación.

1. *Subordinación y prestación de servicios profesionales*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha aclarado la frontera entre los servicios profesionales y la subordinación, al señalar que no importa que las partes celebren un contrato de servicios profesionales para que se considere que por ese simple hecho que no existe subordinación laboral:

Si un profesionista presta regularmente sus servicios a una persona mediante una retribución convenida pero, además existe una subordinación consistente en desempeñar el profesionista sus actividades acatando las órdenes de quien solicitó sus servicios, en forma y tiempo señalados por éste, es de concluirse que la relación existente es de naturaleza laboral y no civil, aun cuando en el documento en que se hizo constar el contrato celebrado, se le hubiera denominado a éste “de prestación de servicios”.¹⁵³

¹⁵³ PROFESIONISTAS, CARACTERÍSTICAS DE LA RELACIÓN LABORAL TRATÁNDOSE DE. Registro: 242,864. Jurisprudencia. Materia(s): laboral. Séptima época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. 163-168 quinta parte, p. 65. Genealogía: Informe 1981, segunda parte, Cuarta Sala, tesis 294, p. 216. Informe 1982, segunda parte, Cuarta Sala, tesis 18, p. 18. Apéndice 1917-1985, quinta parte, Cuarta Sala, tesis 222, p. 206. Apéndice 1917-1995, t. V, primera parte, tesis 394, p. 262. Séptima época, quinta parte: vol. 10, p. 52. Amparo directo 1455/69. Abel Porras Rodríguez, 9 de octubre de 1969. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ramón Canedo Aldrete, vols. 145-150, p. 48. Amparo directo 1222/81. Higinio Vargas Real, 29 de junio de 1981. Cinco votos, ponente: David Franco Rodríguez; secretario: Fernando López Murillo, vols. 157-162, p. 74. Amparo directo 1291/81. Vidal Gallardo Xelo, 27 de agosto de 1981. Cinco votos. Ponente: David Franco Rodríguez; secretario: Fernando López Murillo. vols. 157-162, p. 43. Amparo directo 6383/81. José María Díaz de León, 15 de marzo de 1982. Cinco votos, ponente: Juan Moisés Calleja García; secretaria: Carolina Pichardo Blake, vols. 163-168, p. 35. Amparo directo 1943/81. Luis Raúl Estrada Gallegos, 19 de julio de 1982. Unanimidad de cuatro votos, ponente: Juan Moisés Calleja García; secretaria: Carolina Pichar-

Por otro lado, en tesis aislada se han señalado los requisitos para que se pueda acreditar la prestación de servicios profesionales:

No basta la prestación de un servicio personal y directo de una persona a otra para que se dé la relación laboral, sino que esa prestación debe reunir como requisito principal la subordinación jurídica, que implica que el patrón se encuentra en todo momento en posibilidad de disponer del esfuerzo físico, mental o de ambos géneros, del trabajador según la relación convenida; esto es, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio; esa relación de subordinación debe ser permanente durante la jornada de trabajo e implica estar bajo la dirección del patrón o su representante; además, el contrato o la relación de trabajo se manifiesta generalmente, al través de otros elementos como son: la categoría, el salario, el horario, condiciones de descanso del séptimo día, de vacaciones, etcétera, elementos que si bien no siempre se dan en su integridad ni necesita acreditar el trabajador tomando en consideración lo que dispone el artículo 21 de la Ley Federal del Trabajo, sí se dan en el contrato ordinario como requisitos secundarios. Por tanto, no es factible confundir la prestación de un servicio subordinado que da origen a la relación laboral regulada por la Ley Federal del Trabajo con el servicio profesional que regulan otras disposiciones legales; en aquél, como ya se dijo, el patrón da y el trabajador recibe órdenes precisas relacionadas con el contrato, dispone aquél dónde, cuándo y cómo realizar lo que es materia de la relación laboral, órdenes que da el patrón directamente a un superior jerárquico representante de dicho patrón, y en la prestación de servicios profesionales el prestatario del mismo lo hace generalmente con elementos propios, no recibe órdenes precisas y no existe como consecuencia dirección ni subordinación, por ende no existe el deber de obediencia ya que el servicio se presta en forma

do Blake. Nota: En el *Semanario Judicial de la Federación*, la referencia de los volúmenes 145-150 del amparo directo 1455/69 es incorrecta, por lo que se corrige, como se observa en este registro.

independiente, sin sujeción a las condiciones ya anotadas de horario, salario y otras.¹⁵⁴

En otra tesis aislada, se señala lo siguiente:

Si el actor convino con los demandados, cuando éstos acudieron a su taller a solicitarle sus servicios, en fabricarles diversos productos de herrería, a diferentes precios, de ello se deduce que el importe de éstos no constituye una contraprestación por trabajos personales subordinados, menos aún porque se probó que el herrero cuenta con una fuente de trabajo propia, y si a esto se agrega que no hay constancia en autos de que el material empleado, las herramientas y útiles para el desempeño de sus actividades, le hubieran sido proporcionadas por su contraparte, resulta lógico estimar que ejecutó dichas actividades en forma independiente y, en consecuencia, que no hubo subordinación del actor hacia los demandados en la prestación de tales servicios, por lo que el nexo jurídico que existió entre ambas partes no fue laboral, a la luz del artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo.¹⁵⁵

¹⁵⁴ RELACIÓN LABORAL, REQUISITOS DE LA. SU DIFERENCIA CON LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 1998/85. Telésforo Solís Caudillo, 13 de octubre de 1986. Unanimidad de votos, ponente: Hilario Bárcenas Chávez; secretario: Emiliano Hernández Salazar. Registro: 248,087. Tesis aislada. Materia(s): laboral. Séptima época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 205-216, sexta parte, tesis, p. 422. Genealogía: Informe 1986, tercera parte, tribunales colegiados de circuito, tesis 26, p. 285.

¹⁵⁵ RELACIÓN LABORAL INEXISTENTE. HERREROS QUE CUENTAN CON TALLER PROPIO. Primer Tribunal Colegiado del Decimoprimer Circuito. Amparo directo 558/92. Israel de J. Torres Palominos. 12 de abril de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Joel González Jiménez, secretario: Epicteto García Báez. Registro: 216,042. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Octava época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* XII, julio de 1993. Tesis XI.1o.55 L, p. 287. Nota: En el *Semanario Judicial de la Federación*, dentro del texto de la tesis aparece la expresión "... de ello se deduce que el importe de éstos constituye una contraprestación por trabajos personales subordinados...", la cual se corrige como se observa en este registro, con apoyo en el libro maestro respectivo.

En otra tesis relativa a las características de la relación laboral de un profesionista se ha sostenido que:

Si un patrón se exceptiona argumentando que la relación que tenía con el demandado era de carácter civil, porque éste aplicaba libremente su criterio para realizar su trabajo, no es suficiente probar tal argumento para absolversele en razón de que el vínculo contractual no puede particularizarse en atención a la naturaleza de los servicios que se prestan y por ello ni el trabajo intelectual, ni el desarrollado por aplicación de conocimientos científicos pueden quedar excluidos de los beneficios que concede el artículo 123 constitucional; por ende, si existe una relación con horario fijo permanente, de prestación de servicios profesionales, y éstos se retribuyen con un sueldo, el profesionista adquiere el carácter de trabajador conforme al precepto invocado. Por otra parte, debe decirse que podrá faltar la dirección técnica dada la naturaleza de dichos servicios, pero basta con la posibilidad jurídica de que el patrón pueda en un momento disponer de la energía de trabajo para que se configure la relación laboral, independientemente de que en el documento donde se hizo constar tal situación se le hubiera denominado en otra forma, lo que prevé el artículo 20 de la ley laboral.¹⁵⁶

Finalmente, en una jurisprudencia se señala que no es la denominación que las partes le den a un contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados:

Si el demandado niega la existencia de la relación de trabajo y se exceptiona diciendo que se trata de una prestación de servicios profesionales, y ofrece en el juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, debe estudiarse el referido documento conjuntamente con

¹⁵⁶ PROFESIONISTA, RELACIÓN LABORAL DE. CARACTERÍSTICAS. Quinto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 4985/87. Colegio Nacional de Educación Profesional Técnica, 26 de abril de 1988. Unanimidad de votos, ponente: Rafael Barredo Pereira; secretario: Vicente Ángel González. Registro: 800,285. Tesis aislada. Materia(s): Laboral. Octava época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. I, segunda parte-2, enero a junio de 1988. Tesis, p. 515.

el resto del material probatorio para determinar la naturaleza de la relación entre las partes y si de ese análisis se desprenden las características propias de un vínculo laboral, como lo es la subordinación, éste debe tenerse por acreditado, pues no es la denominación que las partes le den a ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados.¹⁵⁷

2. *Mandato y subordinación*

Las relaciones triangulares de trabajo pueden estar vinculadas con la figura del mandato, en donde a una parte se le otorgue dicha categoría. Al respecto, la SCJN ha señalado que:

Del artículo 20 de la vigente Ley Federal del Trabajo, se desprende como elemento fundamental de la relación laboral la subordinación del que presta un servicio personal respecto de quien lo recibe, lo que se traduce en facultad del patrón para mandar y dirigir, organizar, fiscalizar y disciplinar la actividad del trabajador; de manera que si a una persona se le otorga poder en atención a que tiene conocimientos especializados en la materia del mandato, no puede considerarse que tiene el carácter de trabajador, pues es claro que, siendo perito en la

¹⁵⁷ RELACIÓN LABORAL. HIPÓTESIS EN QUE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES OFRECIDO POR EL DEMANDADO NO ACREDITA LA NATURALEZA DE UNA RELACIÓN DIVERSA A LA LABORAL. Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 1536/2006. Servicio de Transportes Eléctricos del Distrito Federal, 9 de marzo de 2006. Unanimidad de votos, ponente: Carolina Pichardo Blake; secretaria: Cecilia Ruiz Morales. Amparo directo 1426/2007. María Eugenia Carmona Jara, 8 de marzo de 2007. Unanimidad de votos, ponente: Carolina Pichardo Blake; secretario: José Luis Reyes Torres. Amparo directo 391/2008. Instituto Politécnico Nacional, 15 de mayo de 2008. Unanimidad de votos, ponente: Carolina Pichardo Blake; secretaria: Sandra Iliana Reyes Carmona. Amparo directo 493/2008. Instituto Politécnico Nacional, 12 de junio de 2008. Unanimidad de votos, ponente: Carolina Pichardo Blake; secretario: José Luis Reyes Torres. Amparo directo 207/2009. Laura Azucena González Ambrosio, 2 de abril de 2009. Unanimidad de votos, ponente: Carolina Pichardo Blake; secretario: Augusto Santiago Lira. Registro: 166,572. Jurisprudencia. Materia(s): Laboral. Novena época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, agosto de 2009. Tesis I.6o.T. J/96, p. 1479.

materia, su actividad no está dirigida, organizada, fiscalizada y disciplinada por el mandante.¹⁵⁸

3. *Comisión mercantil y subordinación*

Las relaciones triangulares de trabajo pueden, igualmente, hacer uso de la figura de comisión mercantil, en donde una parte, a través de dicha figura, establece un vínculo jurídico con otra, que dependiendo de las características del mismo, podría ser de índole laboral y no mercantil. Al respecto existen varias tesis aisladas de los tribunales colegiados de circuito, que pueden aclarar los alcances de la comisión mercantil:

Es sabido que para determinar la naturaleza jurídica de un contrato, no debe atenderse exclusivamente a su denominación, sino que necesariamente debe analizarse su contenido, y que en algunos casos, contratos denominados de comisión mercantil, resultan ser verdaderos contratos de trabajo. Queda, en consecuencia, claro que para determinar si un contrato es de comisión mercantil o de trabajo, deben tomarse en cuenta los términos y condiciones en que se pacta, para concluir si el llamado comisionista está o no subordinado a las órdenes del llamado comitente, pues no hay que olvidar que de conformidad con el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, la subordinación es el elemento que va a caracterizar una relación laboral. Por tanto, si analizando el contrato respectivo, se desprende que el supuesto trabajador se podía dedicar en cualquier momento y por los medios con los que el mismo contara, a la venta de los productos del comitente, pero sin existir obligaciones por parte del primero de realizar esas funciones en forma permanente y bajo la supervisión de aquella, es evidente que no existió la susodicha subordinación y, por ende, tampoco la relación de trabajo.¹⁵⁹

¹⁵⁸ MANDATO, SUBORDINACIÓN INEXISTENTE EN EL. Amparo directo 6080/71. Fernando G. Coronado, 11 de agosto de 1972. Cinco votos, ponente: María Cristina Salmorán de Tamayo. Registro: 244,294. Tesis aislada. Materia(s): laboral, civil. Séptima época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 44, quinta parte. Tesis, p. 35.

¹⁵⁹ CONTRATOS DE TRABAJO Y DE COMISIÓN MERCANTIL. CRITERIO PARA DETERMINAR SU NATURALEZA JURÍDICA. Tercer Tribunal Colegiado del Sexto

En otra tesis aislada se anota:

La comisión mercantil es el mandato otorgado para actos concretos de comercio, por el que el comisionista contrata en nombre propio, teniendo acción y obligación directamente frente a las personas con quienes contrata, de tal suerte que es precisamente en esa forma de contratar del comisionista en nombre propio, y no en nombre del comitente, en que la comisión mercantil encuentra su punto distintivo en relación con el mandato mercantil, pues en éste el mandatario contrata en nombre del mandante, además de que la normatividad también los distingue, ya que la comisión mercantil se regula por el Código de Comercio y el mandato mercantil por el Código Civil Federal; de ahí que si la quejosa (a quien se le atribuyó el carácter de comisionista) no tenía la facultad de decidir la contratación que llevara a cabo, respecto de los productos que vendía sino que era derecho del que se ostentó como comitente, pues era éste quien la aceptaba o rechazaba, es de concluirse que si no existe ese elemento de decisión en el sujeto a quien se atribuye el carácter de comisionista, no se está frente a un contrato de comisión mercantil sino de una relación laboral, por exclusión.¹⁶⁰

Circuito. Amparo directo 405/88. Refrescos de Puebla, S. A. de C. V., 16 de noviembre de 1988. Unanimidad de votos, ponente: Jaime Manuel Marroquín Zaleta; secretario: José de Jesús Echegaray Cabrera. Registro: 800,043. Tesis aislada. Materia(s): laboral, civil. Octava época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, II, segunda parte-1, julio a diciembre de 1988. Tesis, p. 191.

¹⁶⁰ COMISIÓN MERCANTIL, INEXISTENCIA DE LA. Segundo Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito. Amparo directo 750/2000. María Aída Zavala Vázquez, 14 de marzo de 2001. Unanimidad de votos, ponente: Victorino Rojas Rivera; secretaria: Liliana Leal González. Amparo directo 1121/2000. Delia María Rodríguez Garza, 28 de marzo de 2001. Unanimidad de votos, ponente: Victorino Rojas Rivera; secretaria: Nohelia Juárez Salinas. Véase: *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. XI, marzo de 1993, p. 245, tesis I.5o.T.664 L, de rubro: "CONTRATO LABORAL, QUE EXCLUYE AL ACTO DE COMERCIO, COMISIÓN MERCANTIL", y séptima época, vols. 97-102, quinta parte, p. 13, tesis de rubro: "COMISIÓN MERCANTIL, CONTRATO INEXISTENTE DE". Registro: 188,871. Tesis aislada. Materia(s): laboral. Novena época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIV, septiembre de 2001. Tesis IV.2o.T.50 L, p. 1297.

Igualmente, en otra tesis relativa a los agentes de seguro se indica que:

Conforme a los artículos 20, 5o., fracción XIII y 285 de la Ley Federal del Trabajo, los agentes de seguros son, por regla, trabajadores de las compañías aseguradoras, salvo que se demuestre que no ejercitan personalmente el trabajo, o que sólo intervienen en operaciones aisladas. En consecuencia, para desvirtuar la existencia de la relación laboral, la parte interesada debe demostrar el supuesto de excepción que exista en el caso particular, de lo contrario debe estarse a la regla ya mencionada. En el caso, el hecho de que los contratos entre los agentes y la aseguradora sean llamados de comisión mercantil y se regulen por la Ley de Instituciones de Seguros y el Reglamento de Agentes de Seguros, no excluye la aplicación de la norma laboral, pues ésta sólo incide para determinar la existencia de la ley laboral, y el derecho mercantil, sigue rigiendo otros varios aspectos del contrato, como las cláusulas estrictamente mercantiles y los requisitos que se necesitan para ser agentes de seguros.¹⁶¹

La tesis aislada transcrita anteriormente tiene relación con la inexistencia de la comisión mercantil.¹⁶²

4. *Subcontratación y suministro de mano de obra*

En materia de suministro de mano de obra, los tribunales colegiados de circuito han sostenido que en el caso de un despido, si el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con él, sino un contrato civil de suministro en virtud del cual un

¹⁶¹ AGENTES DE SEGUROS. RELACIÓN LABORAL DE LOS. Primer Tribunal Colegiado del Decimosexto Circuito. Amparo directo 1069/87. Seguros La Comercial, S. A., 4 de mayo de 1988. Unanimidad de votos, ponente: Gloria Tello Cuevas; secretario: José Francisco Salazar Trejo. Amparo directo 685/86. Seguros La Comercial, S. A., 16 de junio de 1987. Unanimidad de votos, ponente: Gloria Tello Cuevas; secretario: José Francisco Salazar Trejo. Registro: 217,872. Tesis aislada. Materia(s): laboral. Octava época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. X, noviembre de 1992. Tesis, p. 223.

¹⁶² Véase, *supra*, nota 160.

tercero le proporciona trabajadores y lo libera de cualquier obligación de carácter laboral, dicha excepción resulta improcedente:

Si en un conflicto de trabajo se alega despido injustificado y el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con el trabajador, por existir un contrato de naturaleza civil de suministro de personal, por virtud del cual una tercera empresa suministra trabajadores al beneficiario a cambio de una determinada cantidad por los servicios prestados, y aquélla lo libera de cualquier obligación de carácter laboral en relación con el trabajador “suministrado”, dicha excepción resulta improcedente, porque los extremos en que se apoya contravienen un principio esencial del derecho social contenido en el artículo 3o. de la legislación laboral, consistente en que “el trabajo no es artículo de comercio”, así como las demás disposiciones que garantizan los derechos mínimos de los trabajadores contempladas en él, que son de orden público y deben observarse por todos los individuos en la Federación, ya que, por una parte, la empresa que suministra el personal a la beneficiaria no se constituye en intermediario laboral en términos de los artículos 12 a 15 de la Ley Federal del Trabajo, sino que en realidad utiliza el trabajo del personal que contratan las empresas beneficiarias como materia prima y, por otra, al relevar de todo compromiso laboral al verdadero patrón, pretende establecer nuevos actores en la relación entre el capital y el trabajo, como serían los “trabajadores suministrados” (que no gozan de todos los derechos que los demás trabajadores tienen en la empresa beneficiaria), convirtiéndose en patrones virtuales que por medio de contratos civiles se subrogan a los patrones en sus obligaciones laborales, lo cual está prohibido tanto por el apartado A del artículo 123 constitucional, como por su ley reglamentaria.¹⁶³

¹⁶³ DESPIDO INJUSTIFICADO. Si el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con él, sino un contrato civil de suministro por virtud del cual un tercero le proporciona trabajadores y lo libera de cualquier obligación de carácter laboral en relación con aquél, dicha excepción resulta improcedente. Registro: 179,047. Tesis aislada. Materia(s): laboral. Novena época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXI, marzo de 2005. Tesis I.9o.T.191 L, p. 1112. Noveno Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 11589/2004. Keyla Castillo González, 12 de enero de 2005. Unanimidad de

5. *Criterios en materia de intermediación*

Como se indicaba, la LFT señala algunas consecuencias legales para aquellas empresas que “disponen” de servicios de intermediación, y que las empresas de intermediación tendrán una responsabilidad cuando no tengan elementos propios y suficientes. Algunos criterios en tesis aisladas han insistido en ello al resaltar que:

El artículo 13 antes citado establece una responsabilidad solidaria entre el que contrata y la persona que resulta directamente beneficiada con la obra o servicios que le son prestados por los trabajadores de aquélla. Esta figura contempla la responsabilidad solidaria de la empresa que obtiene beneficios aprovechándose del trabajo de diversas personas que prestan sus servicios a otras empresas, evitando que los trabajadores sean defraudados por empresas que en muchas ocasiones tienen una vida efímera. Para que tenga aplicación la hipótesis contemplada en la fracción I del artículo 15 señalado, es requisito indispensable que la empresa contratista no disponga de elementos propios suficientes y ejecute obras o servicios para la empresa beneficiaria, o bien, que sus actividades principales estén dedicadas a ésta.¹⁶⁴

De igual manera, en algunos criterios se insiste en que la calidad de intermediario desaparece cuando una empresa asume facultades propias de un patrón, por ejemplo podemos leer que:

Si en los autos del juicio laboral quedó demostrado que quien tenía la calidad de patrón era una sociedad establecida legalmente que contrató los servicios de la actora, para ejecutarlos con elementos propios de la misma, tales como instrumentos de trabajo y materias primas, para desarrollar funciones específicas, mediante la asignación de un

votos, ponente: Emilio González Santander; secretario: José Roberto Córdova Becerril.

¹⁶⁴ Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo directo 312/88. Inés Toribio Potrero, 4 de octubre de 1988. Unanimidad de votos, ponente: Gustavo Calvillo Rangel; secretario: Jorge Alberto González Álvarez.

horario y un salario, además de que las prestaciones derivadas de la contratación fueron cubiertas con recursos económicos independientes, dicha empresa no puede ser considerada como intermediaria, sino como patrón, atento a lo dispuesto por la primera parte del artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo.¹⁶⁵

6. *Criterios en materia de responsabilidad solidaria*

En algunos criterios recientes se ha señalado que para que se configure la responsabilidad solidaria para con una empresa beneficiaria como las que refiere la Ley en los artículos 13 y 15, se necesita invocar tal carácter al inicio de un juicio y no después, así podemos leer que:

...para que pueda decretarse la responsabilidad solidaria es menester que el trabajador demande el reconocimiento de determinados derechos, tanto al patrón directo, a quien le impute el nexo laboral, como al responsable solidario, al que le atribuya haberse beneficiado con los servicios prestados; lo que implica que el patrón solidario debe ser integrado a la litis desde el inicio del conflicto, es decir, al promoverse la demanda, o bien, en la etapa de demanda y excepciones, con el objeto de que pueda ser oído y vencido en juicio, y se respete su garantía de audiencia prevista en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y poder determinar, por una parte, si se benefició con los servicios del trabajador y, por la otra, su posible responsabilidad solidaria; consecuentemente, si en un juicio anterior el trabajador no demandó a quien le atribuye que se benefició con sus servicios, es improcedente que en otro posterior, promovido con la finalidad de demostrar tal supuesto, se decrete dicha responsabilidad, al pretenderse con éste modificar sustancialmente el fallo del primero, que tiene el carácter de cosa juzgada.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Sexto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 4316/92. Estela Pimentel Mendoza, 7 de mayo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: María del Rosario Mota Cienfuegos. Secretario: José Guillermo Cuadra Ramírez.

¹⁶⁶ Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito. Amparo directo 389/2008. Jorge Acuña Rosales, 15 de octubre de 2008. Unani-

Asimismo, en jurisprudencia de los últimos años se ha dicho que:

Cuando en un juicio laboral el trabajador, para efectos de la mencionada responsabilidad, aduce que la beneficiaria exclusiva o principal de sus servicios es una persona física o moral distinta de la que lo contrató y aquélla, al contestar la demanda, niega esa circunstancia lisa y llanamente, la carga de probar tal beneficio corresponde al actor, toda vez que esa negativa no conlleva afirmación alguna y no es jurídicamente dable imponer al codemandado la obligación de demostrar un hecho negativo consistente en que no se benefició con los servicios de aquél...¹⁶⁷

Por otra parte, algunos criterios aislados han venido acotando los alcances de la responsabilidad solidaria en ciertos casos específicos, como guardia y seguridad, en donde los requisitos que los tribunales exigirían para que se configurara tal responsabilidad se han presentado más complejos; así podemos leer que:

En aquellos casos en que el patrón directo de un trabajador es una empresa prestadora de servicios a diversos clientes, la relación laboral se da entre la parte trabajadora y aquella empresa, y para determinar si quien recibe el servicio tiene el carácter de patrón solidario, debe tomarse en cuenta lo siguiente: a) si la empresa prestadora de servicios que contrató al trabajador ejecuta los trabajos con elementos propios; b) si cuenta con recursos suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de la relación laboral; y, c) si la empresa, persona física o moral a quien se le atribuye la responsabilidad solidaria, se benefició de manera exclusiva o principal con los trabajos desempeñados. Ahora bien, si en el caso concreto el trabajo prestado consiste en el servicio de seguridad, de acuerdo con la naturaleza de esa función no es posible considerar a las empresas receptoras del servicio como patrones solidarios, en primer término, porque para

midad de votos, ponente: José Luis Torres Lagunas; secretaria: Angélica María Torres García.

¹⁶⁷ Tesis de jurisprudencia 188/2008. Aprobada por la Segunda Sala, SCJN, 19 noviembre 2008.

tenerlas con tal carácter es necesario que la prestación del servicio se proporcione en forma exclusiva o principal; y, en segundo, porque el trabajador es enviado por la prestadora del servicio a ejecutar sus labores bajo su orden y dependencia a un número variable de empresas receptoras, y utilizando los elementos que aquélla le proporciona. Consecuentemente, no es factible admitir que basta que una persona física o moral haya recibido los servicios personales del trabajador como guardia de seguridad para tener por comprobada la responsabilidad solidaria en la relación jurídica de trabajo, ya que tal servicio tiene como fin vigilar, salvaguardar o proteger los bienes o derechos de las empresas contratantes del servicio, en los lugares requeridos por éstas de forma eventual, transitoria o temporal.¹⁶⁸

Criterios como éste, muestran la vacilación entre las interpretaciones al excluir ciertos sectores de servicios, en este caso de guardia de seguridad, sin apoyarse directamente en los conceptos que señala la LFT, sino tratando de darles a éstos una interpretación que dificulta el cumplimiento de los derechos laborales. Este tipo de interpretaciones asume una importancia mayor en el caso del *outsourcing*, ya que uno de los servicios en los que precisamente las empresas han recurrido a este esquema, es en el caso de la vigilancia de las mismas, y con criterios como el anterior, se va alejando la posibilidad de quien se beneficia del servicio, asume alguna responsabilidad laboral.

En circunstancias similares están otros criterios como el caso de la contradicción de tesis 136/2008, que señala que cuando el actor alegue responsabilidad solidaria, y el beneficiario niegue la relación de trabajo, toca al actor demostrar que se ha visto favorecido el beneficiario, y quien tiene obligación de conservar los documentos es quien lo contrató, lo cual para quien como trabajador reclama derechos laborales, supone asumir una no siempre ligera y sencilla carga probatoria.

¹⁶⁸ Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Quinto Circuito. Amparo directo 829/2006. Carlos Fornes Tirado, 4 de mayo de 2007. Unanimidad de votos, ponente: Eugenio Gustavo Núñez Rivera; secretaria: Rael Nieblas Germán.

7. Subcontratación y cooperativas: una jurisprudencia formalista

Es interesante constatar cómo las empresas que ofrecen servicios de subcontratación han recurrido a formas jurídicas varias, como las sociedades cooperativas, sociedades en nombre colectivo, integradoras e integradas, sindicatos y uniones, entre otras. Por ejemplo, en el caso de las sociedades cooperativas se trata de una figura que se ha utilizado de manera extensiva en tanto mecanismo de subcontratación de mano de obra, a pesar que la Constitución mexicana en su fracción XXX del apartado A del artículo 123 constitucional se refiere a las cooperativas bajo la denominación de entidades de utilidad social.

De manera particular, el régimen jurídico de las cooperativas se encuentra ubicado en la Ley General de Sociedades Cooperativas de 1994.¹⁶⁹ En este caso, la calidad de trabajador se sustituye por la calidad jurídica de socio de una cooperativa, alejándose de los conceptos básicos laborales y con ello dejando de lado el régimen social previsto en las leyes mexicanas, en particular los derechos de seguridad social y laboral.

Si se revisa la jurisprudencia y las tesis aisladas del Poder Judicial, se puede concluir que dichas resoluciones se caracterizan por una visión formalista, que en nada se apega a los principios del derecho del trabajo —en donde se busca la primacía de la realidad— ni se atiende quizás el artículo 20 de la LFT, el cual establece que se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. Además de señalar que un contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una

¹⁶⁹ Esta legislación general ha sido complementada con la ley para regular las actividades de las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, así como algunas leyes estatales que se ocupan del tema, como la Ley de Fomento cooperativo del Distrito Federal, de 2006.

persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

Esto se puede comprobar si se estudian las diferentes tesis aisladas. Las cuales han establecido que los miembros de una sociedad cooperativa de producción no deben ser considerados como trabajadores:

COOPERATIVA DE PRODUCCIÓN, SOCIOS DE LA. NO DEBEN SER CONSIDERADOS TRABAJADORES DE LA MISMA. Si la sociedad cooperativa acredita que el demandante tiene la calidad de socio de la misma, éste no puede alegar que además tenga el carácter de trabajador, en virtud de que de acuerdo a lo que dispone el artículo 56 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, los socios deben contribuir con su trabajo para lograr el objetivo de la sociedad, es decir, que el servicio que le prestan sus socios no es como consecuencia de una relación laboral, sino como resultado de la obligación inherente a su calidad de socios cooperativistas. Por tanto, debe concluirse que no se dan los supuestos del artículo 17 de la Ley Federal del Trabajo para que puedan ser considerados como trabajadores de la cooperativa.¹⁷⁰

Se ha establecido también por tesis aislada que le corresponde a los trabajadores acreditar la existencia de la relación laboral;¹⁷¹

¹⁷⁰ Registro 247669. Localización: Séptima época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 205-216. Sexta parte, p. 133. Tesis aislada. Materia(s): laboral. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 1603/85. Yolanda Ríos Sibaja, 30 de mayo de 1986. Unanimidad de votos, ponente: Adolfo O. Aragón Mendía; secretario: Emilio González Santander. Genealogía: Informe 1986, tercera parte, tribunales colegiados de circuito, tesis 7, p. 275.

¹⁷¹ COOPERATIVAS. CORRESPONDE A LOS TRABAJADORES ACREDITAR LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL. Son los actores quienes debieron probar la existencia del nexo contractual del trabajo negado por la cooperativa demandada, como presupuesto de su acción, toda vez que existe una prohibición legal de que las cooperativas, como es el caso de la demandada, tengan asalariados a su servicio, salvo los casos de excepción previstos en el propio artículo 62 de la propia Ley General de Sociedades Cooperativas y, como de autos no aparece que los ahora quejosos hayan aportado algún elemento de convicción tendente a probar aquel extremo, sin que de su demanda laboral tampoco se desprenda que hubieren alegado estar en alguno de los casos de excepción del citado precepto

asimismo, se ha establecido la inexistencia de las relaciones de trabajo de los socios provisionales de las sociedades cooperativas, en la medida en que las labores que un quejoso desempeñó en favor de una sociedad cooperativa, fueron en su calidad de socio provisional de la misma y no en función de la relación de trabajo, por lo que al no admitírsele en definitiva como socio de dicha sociedad, no puede hablarse de que haya sido despedido de su trabajo, puesto que no existió la relación laboral.¹⁷²

Se puede considerar que las anteriores tesis se alejan del principio de la supremacía de la realidad consagrado en el artículo 20 de la LFT, ya que se debe atender a la naturaleza del trabajo prestado así como de las condiciones en las que se preste el trabajo. No basta que un persona tenga la característica de “jurídica” de socio cooperativista para que, *per se*, se le considere inmediatamente como tal. Al respecto habría que conocer la naturaleza del trabajo

legal, es obvio que el laudo absolutorio que se reclama, se encuentra ajustado a derecho. Registro 250537. Localización: séptima época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, 151-156. Sexta parte, p. 60. Tesis aislada. Materia(s): laboral. Tribunal Colegiado del Quinto Circuito. Amparo directo 525/76. Sindicato de Trabajadores de la Empresa Cooperativa de Consumo Sección 65 “5 de septiembre”, C. T. M. y coagraviados, 8 de septiembre de 1981. Unanimidad de votos, ponente: Efraín Ochoa Ochoa; secretario: Oscar Francisco Becerril Estrella. Genealogía: Informe 1981, tercera parte, tribunales colegiados de circuito, tesis 19, p. 271.

¹⁷² SOCIEDADES COOPERATIVAS, SOCIOS PROVISIONALES DE LAS. INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO TRATÁNDOSE DE LABORES DESEMPEÑADAS POR ELLOS. Si las labores que el quejoso desempeñó en favor de una sociedad cooperativa, fueron en su calidad de socio provisional de la misma y no en función de la relación de trabajo a que alude el artículo 20 de la Ley Federal del Trabajo, eso implica que, al no admitírsele en definitiva como socio de dicha sociedad, no puede hablarse de que haya sido despedido de su trabajo, puesto que no existió la relación laboral. Registro: 250,407. Tesis aislada. Séptima época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. 157-162. Sexta parte, p. 156. Genealogía: Informe 1982, tercera parte, tribunales colegiados de circuito, tesis 8, p. 386. Tribunal Colegiado del Decimosegundo Circuito. Amparo directo 79/81. Sociedad Cooperativa de Pasaje Urbano de La Paz, S. C. L., 19 de marzo de 1982. Unanimidad de votos, ponente: José Antonio Llanos Duarte; secretario: José Enrique Moya Chávez. Nota: En el Informe de 1982, la tesis aparece bajo el rubro “SOCIEDAD COOPERATIVA, INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO TRATÁNDOSE DE LABORES DESEMPEÑADAS POR LOS SOCIOS PROVISIONALES DE LAS”.

prestado, su antigüedad como socio cooperativista, así como su participación accionaria dentro de la cooperativa y particularmente si se ha tratado de un socio provisional.

Resulta sorprendente que cuando se trata de prestadores de servicios profesionales, sí se revise la calidad real de la persona como trabajador o prestador de servicios profesionales, en donde se ha señalado que los efectos temporales y vinculantes de la prestación de servicios profesionales no deben tomarse en cuenta en materia laboral,¹⁷³ que un contrato de prestación de servicios

¹⁷³ Al respecto, en una tesis aislada se señala que: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. LOS EFECTOS TEMPORALES Y VINCULANTES CONTENIDOS EN ÉL NO DEBEN TOMARSE EN CUENTA EN LA INSTANCIA LABORAL, CUANDO SE DEMUESTRE QUE PRETENDE ESCONDERSE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO. La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 20/2005, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI, marzo de 2005, p. 315, de rubro: “TRABAJADORES AL SERVICIO DEL ESTADO. El vínculo laboral se demuestra cuando los servicios prestados reúnen las características propias de una relación de trabajo, aunque se haya firmado un contrato de prestación de servicios profesionales”, determinó que una relación de trabajo entre una dependencia estatal y una persona que prestó sus servicios no sólo puede probarse con el nombramiento del trabajador o su inclusión en las listas de raya, sino también cuando se acrediten los elementos siguientes: 1) una relación continua; 2) que el operario haya prestado sus servicios en el lugar y conforme al horario asignado a cambio de una remuneración económica; y, 3) todo ello independientemente de que se haya suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales. Consecuentemente, en los casos en que se determine que ese acuerdo de voluntades pretende esconder la existencia de un vínculo de trabajo entre las partes, los efectos vinculantes y temporales que pueda llegar a contener no surten efectos en la instancia laboral, aun cuando se especifique su temporalidad en términos del artículo 15, fracción III, de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, debido a que la duración de una relación laboral sólo debe responder a la naturaleza del trabajo y a los supuestos regulados por la citada legislación y no a lo pactado entre las partes. Registro 66004. Localización: Novena época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, noviembre de 2009, p. 889. Tesis I.3o.T.209 L. Tesis aislada. Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Amparo directo 424/2009. Jorge Pastor Mayo Rivera, 18 de junio de 2009. Unanimidad de votos, ponente: Alicia Rodríguez Cruz; secretario: Sergio Javier Molina Martínez.

profesionales no acredita una relación diversa a la laboral,¹⁷⁴ que no sea suficiente el pago de honorarios para estar ante la prestación de servicios profesionales;¹⁷⁵ y no se haga lo mismo cuando

¹⁷⁴ RELACIÓN LABORAL. Hipótesis en que un contrato de prestación de servicios profesionales ofrecido por el demandado no acredita la naturaleza de una relación diversa a la laboral. Si el demandado niega la existencia de la relación de trabajo y se excepciona diciendo que se trata de una prestación de servicios profesionales, y ofrece en el juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, debe estudiarse el referido documento conjuntamente con el resto del material probatorio para determinar la naturaleza de la relación entre las partes y si de ese análisis se desprenden las características propias de un vínculo laboral, como lo es la subordinación, éste debe tenerse por acreditado, pues no es la denominación que las partes le den a ese contrato lo que determina la naturaleza de los servicios prestados. Registro 166572. Localización: Novena época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, agosto de 2009, p. 1479, tesis I.6o.T. J/96.

RELACIÓN DE TRABAJO. Un contrato de prestación de servicios profesionales por sí solo es insuficiente para acreditar el verdadero vínculo existente, si obran en el juicio otras pruebas de las que se desprendan los elementos de subordinación y dependencia económica para resolver lo conducente. Si el demandado se excepciona en el sentido de que la relación que existió con el actor fue de prestación de servicios profesionales y ofrece al juicio un contrato en el que se especifica ese hecho, en donde se señala que el vínculo se rige por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal; este instrumento por sí solo no demuestra que la relación haya sido de tal naturaleza, puesto que el referido documento debe estudiarse conjuntamente con el resto del material probatorio para resolver lo conducente; de ahí que si en el juicio se acreditan los elementos de subordinación, como es el caso en que al prestador del servicio se le ordena dónde y cómo debe realizar su trabajo, se le proporcionan los medios para el desempeño de su labor, que son propiedad de la empresa, se le expiden credenciales que lo identifican como su empleado y se le asigna una compensación económica, que aun cuando se le denomine honorarios, por así haberse consignado en el convenio, pero que en verdad se trata de la retribución que se le pagaba por su trabajo; por consiguiente, si se justifican estos extremos se debe concluir que la relación real que existió entre las partes fue de trabajo y no de índole civil. Registro 172688. Localización: novena época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 1524, tesis I.9o.T. J/51.

¹⁷⁵ CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y RELACIÓN LABORAL, EL PAGO DE HONORARIOS NO DETERMINA LA EXISTENCIA DE AQUÉL Y LA INEXISTENCIA DE ÉSTA. La circunstancia de que a una persona se le cubra una cantidad periódica en forma de honorarios, no determina la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, sino, en todo caso, lo que determina que exista un contrato de esa naturaleza son sus elementos subje-

se trata de personas que son presentadas como socios cooperativistas, atendiendo a la realidad de la naturaleza del trabajo que se está prestando.

Sin duda, nuestro Poder Judicial tiene que atender al principio de la supremacía de la realidad para evitar relaciones jurídicas de simulación, que disfracen a trabajadores como “socios cooperativistas”. Al respecto resulta importante señalar el contenido del párrafo primero del artículo 10 de la Ley General de Sociedades Cooperativas, el cual establece que: “Las sociedades que simulen constituirse en sociedades cooperativas o usen indebidamente las denominaciones alusivas a las mismas, serán nulas de pleno derecho y estarán sujetas a las sanciones que establezcan las leyes respectivas”.

En una situación similar se encuentran otras figuras jurídicas a las cuales se ha recurrido en los últimos años con los mismos fines, como las sociedades en nombre colectivo y las sociedades integradoras, entre otras. En la mayoría de los casos, la constante es que aparecen como esquemas legales que se traducen en una limitación total o parcial de los derechos laborales de los trabajadores involucrados, lo cual al ir teniendo una mayor presencia en el país ha derivado en un tema de preocupación creciente en varios sectores de la sociedad.¹⁷⁶

tivos y objetivos, que pueden ser: que la persona prestataria del servicio sea profesionalista, que el servicio lo preste con sus propios medios, que el servicio se determine expresamente, que cuente con libertad para realizarlo tanto en su aspecto de temporalidad como en el aspecto profesional propiamente dicho. Registro 172794. Localización: novena época. Instancia: tribunales colegiados de circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 1396, tesis I.7o.T. J/25.

¹⁷⁶ En fechas recientes, como parte de un intento por frenar este tipo de prácticas evasivas de compromisos y obligaciones fiscales y laborales, se detuvo a Sergio Castro López y se le consignó al reclusorio norte y se encuentra sujeto a proceso ante el juez tercero de distrito de procesos penales federales por prácticas fiscales indebidas. A esta persona se le acusa de promover esquemas de planeación fiscal, vía cooperativas, encaminadas a evitar el pago de diversas contribuciones.

Como puede verse, lejos estamos aún de poder desprender una tendencia hacia la regulación y delimitación de la subcontratación por la vía jurisprudencial; sin embargo, los criterios aislados, así como la escasa jurisprudencia que tiene que ver con el tema que nos ocupa, no necesariamente ayuda para fundar de mejor manera los reclamos de los trabajadores que sienten que se les ha violado algún derecho laboral.

IV. LOS EFECTOS DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Adicionalmente a estas normas que de manera directa o indirecta tendrían que ver con el tema, hay que señalar los intentos que en fechas recientes ha realizado el gobierno mexicano para regular la subcontratación. Se trata de una adecuación de ciertos sectores del orden jurídico, en particular desde otros ángulos vecinos a la legislación del trabajo, o bien de intentos de política laboral.

Se ha dicho, por las instancias gubernamentales, que desde hace años se asiste a la proliferación de nuevas formas de organización empresarial, por medio de las cuales se busca que las empresas puedan insertarse de mejor manera en un mercado cada vez más competido. Sin embargo, bajo muchas de estas nuevas formas de organización se ha advertido la inaplicación total o parcial de normas sociales entre las que están las relativas a la seguridad social, con el consiguiente deterioro, básicamente, de las finanzas de dichos organismos, en la medida que se traducen también en una limitación o franca evasión de obligaciones contributivas, por ejemplo, en materia de seguridad social y particularmente del pago de las cotizaciones sociales.

Es por ello que una de las estrategias que asumió el gobierno mexicano fue proponer una reforma a la Ley del Seguro Social, con la cual busca encuadrar jurídicamente este tipo de situaciones y regularlas de manera adecuada. La idea que motivó estas reformas fue captar y “capturar” a quienes basados en esquemas

de subcontratación afectan las finanzas del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), organismo encargado de otorgar seguridad social a los trabajadores sujetos a una relación de subordinación. Se buscaba combatir así a quienes evaden sus contribuciones sociales o a los que tratan de disminuir artificialmente las primas de riesgo, buscando realizar pagos más bajos a los que deberían realizar.

Las reformas vieron la luz el jueves 9 de julio de 2009, cuando se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por medio del cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social, las cuales intentan establecer un nuevo marco jurídico que involucre a la empresas que participan en un esquema de subcontratación.

Se trata de modificaciones que incorporan una idea de “patrón” funcional para la seguridad social, pero que se aleja del concepto de patrón de la legislación laboral. Las características de dichas reformas son las siguientes:

1. Se reforma la fracción VIII del artículo 5-A. En esta reforma se precisa que entre los sujetos obligados están todos aquellos señalados en varios artículos.
2. Se reforman las fracciones XX y XXI del artículo 304-A. Aquí se ajustan estas dos fracciones para contemplar los supuestos de infracciones que pueden cometer los patrones; en el caso de la fracción XX sería no cumplir —o hacerlo pero extemporáneamente— la obligación de dictaminar por contador público autorizado sus aportaciones al IMSS; y en el caso de la fracción XXI, también sería un supuesto de infracción el notificar de forma extemporánea, hacerlo con datos falsos o incompletos, o bien, omitir al notificar al Instituto el domicilio de cada una de las obras o fase de obra que realicen patrones que esporádica o permanentemente se dediquen a la industria de la construcción.
3. Se reforma la fracción IV del artículo 304-B. Con esta reforma se intenta incluir a los cambios en los supuestos ante

los cuales procede una multa equivalente al importe de 20 a 350 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal.

Se adicionan varios párrafos al artículo 15-A. En estas adiciones se concentra buena parte de los objetivos de los cambios a la Ley del Seguro Social, ya que es aquí donde se intenta caracterizar el modelo de subcontratación, al señalar que

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

Esta idea se ve complementada con otras obligaciones a cargo de los contratantes quienes deberán informar al IMSS trimestralmente diversas características de contratos como los antes señalados, como quienes los suscriben, registros de identificación fiscal, datos de las actas constitutivas, de ser el caso, representantes legales, objeto del contrato, vigencia, número de trabajadores involucrados en el contrato, etcétera, así como la precisión de las empresas con cuyos servicios se están beneficiando. De esta manera, la reforma intenta lograr su finalidad por lo que toca al IMSS, al establecer con claridad a quién se le reclamaría el pago de las cuotas, ya que será el beneficiario de los servicios de subcontratación quien tendrá que pagar si la empresa de subcontratación no lo hizo, aunque este reclamo de pago procederá una vez que el

IMSS haya hecho la notificación correspondiente a la empresa de subcontratación y ésta no hubiera atendido tal requerimiento.

Como puede verse, si bien se avanza hacia el cumplimiento de obligaciones patronales, como el pago de cuotas al IMSS, se trata también del reconocimiento de la empresa de subcontratación como “patrón”, lo cual abona a la gran confusión que este esquema ha venido planteando desde siempre. De esta manera podremos tener casos en donde una empresa podrá ser considerada patrón o no, dependiendo del espacio jurídico que se considere. Como señalan algunos contadores públicos: con esta reforma nace el concepto de “patrón del *outsourcing*” y “patrón beneficiario del *outsourcing*”, lo cual puede ser muy funcional para ellos; sin embargo, a la legislación laboral aún no llega este tipo de sutilezas. Asimismo y concretamente en el caso de la reforma al artículo 15-A, hay algunos fiscalistas que la han tachado de inconstitucional, imprecisa e inexacta.¹⁷⁷

4. Por otra parte, se adiciona el párrafo segundo del artículo 75.

En este artículo se busca hacer las precisiones del tema para efectos de la clasificación en el seguro de riesgos de trabajo, con la finalidad de contar con una adecuada clasificación de los trabajadores en el IMSS.

Como se puede observar, se trata de un intento importante por regular situaciones que han venido escapando a la legislación social, concretamente en materia de seguridad social; si bien la idea es que el IMSS pueda rescatar y cuidar el adecuado cumplimiento de las obligaciones frente al Instituto, pero dejando de lado las obligaciones laborales.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Cfr: Díaz González, L. R., “Crítica a la reforma de la Ley del Seguro Social en materia de combate al *outsourcing*”, *Prontuario de Actualización Fiscal (PAF)*, México, núm. 480, octubre de 2009, pp. 85-90.

¹⁷⁸ Cabe señalar que estas disposiciones tienen que ser objeto de una reglamentación complementaria por medio de la cual se señale la manera concreta en que deben ponerse en práctica.

La reforma ofrece con cierta ambigüedad las alternativas para que el patrón (en este caso el beneficiario de los servicios) se desentienda de los compromisos laborales, ya que permite que la empresa de subcontratación asuma, en su nombre, el papel de patrón, por lo menos frente a la seguridad social.

De igual manera, esta reforma ha sido presentada como un mecanismo que incorpora cierta responsabilidad solidaria entre la empresa que se beneficia de los servicios y aquella que se los proporciona; lo cierto es que estamos más bien ante el reconocimiento de una responsabilidad subsidiaria.

La diferencia es importante, ya que en el primer caso, la solidaridad implica la posibilidad de reclamar y demandar un derecho, de manear indistinta, a cualquiera de las empresas involucradas, es decir tanto a la empresa de subcontratación como a la que se beneficia de sus servicios siendo, codeudores. Esta es la manera como en principio parecía haber concebido la responsabilidad el legislador en la LFT en sus primeros artículos. Mientras que en el caso de la responsabilidad subsidiaria, existe la posibilidad de reclamar un derecho pero primero a una empresa, y en caso de que ésta no pueda, por diversas razones, hacer frente a sus compromisos, se procedería a reclamar a la otra empresa que se ha beneficiado de los servicios, idea que se aleja de los esquemas previstos en la legislación laboral. Así, en el esquema que plantea esta reforma a la ley del IMSS, se protege y deja a salvo, por lo menos en un primer momento, a la empresa beneficiaria, y se pone en primer lugar a la empresa de subcontratación como sujeto a demandar el cumplimiento de obligaciones.

Sin embargo, al respecto resalta la reciente resolución de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que declaró la constitucionalidad del artículo 15-A de la Ley del Seguro Social, reformado el 9 de julio de 2009, en el que se establece que en la contratación de trabajadores para un patrón, en la que participa un intermediario laboral, ambos son responsables solidarios en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social. La Segunda Sala negó un amparo a una empresa del ramo

de las telecomunicaciones, que adujo que dicha norma viola los principios de igualdad, libertad de comercio, concurrencia y competencia consagrados en la carta magna. Precisó que dicho precepto contiene un marco normativo acotado al universo de personas que necesitan contratar servicios para desarrollar sus actividades comerciales, e introduce una distinción con base en la cual otorga un trato jurídico diferenciado exclusivamente para los dos grupos que conforman dicho universo, es decir, a los que necesitan contratar servicios para desarrollar sus actividades comerciales y los que no. Según dicha Sala, la norma impugnada no establece una distinción injustificada entre todos los grupos que constituyen el universo más amplio y heterogéneo de los comerciantes o prestadores de servicios, al señalar distintas consecuencias jurídicas para quienes requieren de la contratación de servicios que cumplan con las obligaciones establecidas en la norma citada y los que no lo necesitan. En ese tenor, el artículo 15-A de la Ley del Seguro Social no viola el principio de igualdad, al no existir en él un trato desigual injustificado entre unos y otros. De igual forma, estableció que el precepto combatido tampoco vulnera las garantías de igualdad y libertad de comercio previstas en los artículos 1 y 5 constitucionales. Esto porque existen razones objetivas que justifican el tratamiento distinto a personas que no se encuentran en situaciones de igualdad, aun cuando desempeñen las mismas actividades, pues quienes no requieren de la contratación de prestación de servicios con un intermediario, cumplen en forma directa con sus obligaciones patronales. Finalmente, subrayó la Segunda Sala, dicho artículo tampoco transgrede la garantía de libertad de concurrencia y competencia establecida en el artículo 28 de la carta fundamental, porque no establece una restricción que impida a las personas que ejercen actividades comerciales dedicarse a ellas, pues se trata de una norma que regula las condiciones que deberán reunir quienes pretendan realizar este tipo de actividades,

a través de contratos de prestación de servicios, ya sea como intermediarios o como patrones.¹⁷⁹

V. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS Y LA SUBCONTRATACIÓN

La subcontratación de la producción ha sido fomentada por el gobierno a través de las bolsas de subcontratación y el sistema de subcontratación dirigido principalmente al sector automotriz; la industria del plástico y los electrodomésticos, entre otros.¹⁸⁰

El apoyo del gobierno federal a la subcontratación parte de la premisa de que son las empresas pequeñas, micro y medianas las que en mayor medida se subcontratan, tomando en cuenta que más del 95% de la industria se concentra en establecimientos micro (87%), pequeño (9%) y mediano (2%), los cuales generalmente no cuentan con la capacidad técnica ni económica para ofrecer un producto final y realizan actividades de subcontratación. Al mismo tiempo son las unidades productivas en donde existen mayores posibilidades de generación de empleo.

El sistema de subcontratación funciona como una red de información para divulgar y consultar las capacidades productivas de los oferentes de procesos productivos registrados en México. Este sistema, de acuerdo con la Dirección General de Promoción de las Micro, Pequeña y Mediana Empresas y de Desarrollo Regional de Secofi (ahora Secretaría de Economía), opera a través de un sistema computarizado interconectado a Internet. La idea es vincular la oferta con la demanda de procesos industriales cuyo objetivo sea fortalecer al sector industrial a través de una mayor vinculación entre las cadenas productivas, y que permita, al mismo tiempo: desarrollar proveedores; complementar la capacidad

¹⁷⁹ En *outsourcing*, patrón e intermediario son responsables solidarios en cumplimiento de deberes de seguridad social. México, 27 de octubre de 2010. <http://www.scjn.gob.mx/MediosPub/Noticias/2010/Paginas/27-Octubre-2010L2.aspx>. Consultado el 2 de noviembre de 2010.

¹⁸⁰ García, Anselmo *et al.*, *Procesos de subcontratación y cambios en la calificación de los trabajadores. Estudios de caso en México*, CEPAL; 3 de diciembre de 2008, <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/4604/indice.htm>

productiva de las empresas; optimizar el uso de su capacidad disponible; permitir una especialización de las empresas en la fabricación de productos, piezas o subensambles; así como generar mayor transferencia tecnológica entre empresas.

De acuerdo con información de la Secretaría de Economía, existen siete bolsas regionales de subcontratación operando en Aguascalientes, Distrito Federal, Guadalajara, Monterrey, Pachuca, Puebla y Querétaro; y otras tantas en proceso de formación en Celaya, Ciudad Juárez, Chihuahua, Oaxaca, San Luis Potosí, Toluca y Torreón. Sin embargo, se señala que el desarrollo de estas bolsas de subcontratación ha sido limitado porque se tiene:

- estructura insuficiente y poco especializada;
- captación de la oferta y de la demanda de subcontratación no sistematizada;
- información no actualizada y frecuentemente poco veraz;
- escasa comunicación entre las diferentes bolsas que están operando;
- insuficiente difusión de la demanda internacional;
- limitada promoción y difusión del esquema de subcontratación, y
- un sistema múltiple de registro y procesamiento de la información, el cual no es compatible entre sí.

La promoción de la subcontratación se inserta en el Programa de Política Industrial y Comercio Exterior, a través del Sistema para la Subcontratación Industrial (SSI). El SSI busca desarrollar un sistema en Internet que impulse la subcontratación a nivel nacional e internacional para:

- apoyar la integración de cadenas productivas;
- articular empresas de diferente escala;
- contribuir a la sustitución de importaciones, y
- promover exportaciones directas e indirectas.

Por otra parte, otro de los efectos nocivos que los esquemas de subcontratación ha sido la merma que sufre el fisco en la captación de los impuestos, como el Impuesto Sobre la Renta. Al respecto, hay quienes señalan que la evasión en este rubro asciende a unos seis mil millones de pesos anuales. Es precisamente en atención a esta situación que el gobierno federal ha intentado abordar el tema desde la óptica de la política fiscal.

En octubre de 2007, el Sistema de Administración Tributaria (SAT) anunciaba su programa de fiscalización de sociedades cooperativas y sus clientes. En junio de 2008, el SAT anunció un programa de fiscalización conjunta con el Instituto Mexicano del Seguro Social y el Instituto del Fondo Nacional para la Vivienda de los Trabajadores (Infonavit) para combatir la evasión fiscal a través de la subcontratación de personal, con una meta inicial de 455 empresas. En el mismo mes se decía que se habían detectado varios casos de evasión fiscal; en marzo de 2009 el SAT anunciaba que se habían realizado más de 500 auditorías, que daban lugar a denuncias por evasión fiscal. Estas denuncias incluían incluso a despachos que promueven y sugieren esquemas de subcontratación. En este rubro se trata de una acción disuasiva de la evasión fiscal, que de alguna manera ha alertado a las empresas y que no han erradicado estas prácticas ilícitas.

De igual manera, en octubre de 2008, el SAT anunció un acuerdo de intercambio de información con la Secretaría de Trabajo y otras dependencias con el mismo propósito, y la Cámara de Diputados sostuvo una comparecencia con el director general del IMSS, a quien se dirigieron repetidas preguntas sobre la evasión fiscal a través de la subcontratación.

El SAT en diciembre de 2008 presentó una querrela que resultó en el libramiento de una orden de aprehensión en contra de un consultor fiscal que, según el propio SAT, había sido pionero en el diseño e implementación de esquemas fiscales agresivos.

El programa del gobierno federal parece dirigirse contra lo que considera esquemas fiscales agresivos implementados por medio de determinados tipos de sociedades mercantiles. En su boletín de

prensa del 16 de junio de 2008, el SAT define su objetivo de la siguiente manera:

La conducta de evasión consiste en transferir a los trabajadores de las empresas a sociedades cooperativas, sociedades en nombre colectivo, empresas integradoras e integradas, con el propósito de evitar el pago de reparto de utilidades, impuestos federales y locales, así como contribuciones de seguridad social.

Este objetivo está relacionado con el siguiente criterio no vinculante, publicado por el SAT en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 2008:

05/ISR. Sociedades cooperativas. Salarios y previsión social.

Se considera que realiza una práctica fiscal indebida:

Quien para omitir total o parcialmente el pago de alguna contribución o para obtener un beneficio en perjuicio del fisco federal, constituya o contrate de manera directa o indirecta a una sociedad cooperativa, para que ésta le preste servicios idénticos, similares o análogos a los que sus trabajadores o prestadores de servicios le prestan o hayan prestado.

La sociedad cooperativa que deduzca las cantidades entregadas a sus socios cooperativistas, provenientes del fondo de previsión social, así como el socio cooperativista que no considere dichas cantidades como ingresos por los que está obligado al pago del ISR en la realización o la implementación de cualquiera de las prácticas anteriores.

Este criterio también es aplicable a las sociedades en nombre colectivo o en comandita simple.

De las citas anteriores, se puede inferir lo siguiente respecto de los alcances y objetivos del programa de fiscalización mencionado. En primer lugar, el gobierno federal combate estrategias de conversión de empleados en socios con el propósito de obtener beneficios fiscales. Principalmente a través de sociedades cooperativas, sociedades en nombre colectivo y sociedades en comandita simple.

En el caso de las sociedades cooperativas tienen un régimen privilegiado previsto en la Ley del Seguro Social y si bien la LSS establece la obligación de inscribir a los socios de las sociedades cooperativas, las sociedades de este tipo registradas en el IMSS hasta el 30 de junio de 1997, reciben un subsidio del 50% sobre una parte de sus contribuciones de seguridad social.

Por su parte, las sociedades en nombre colectivo y las sociedades en comandita simple no tienen la obligación formal de inscribir a sus socios industriales en el IMSS, ni la de pagar las contribuciones de seguridad social respectivas. Así, al convertir trabajadores en socios, la empresa reduce su carga fiscal.

En segundo lugar, el gobierno federal busca combatir prácticas que caen en el terreno de la evasión fiscal, pero también otras que caen en el terreno de la elusión fiscal. Resulta interesante que sea el interés por el pago de impuestos o contribuciones a la seguridad social, los primeros caminos que se hayan explorado en México para regular la subcontratación. Asimismo, resulta importante que, si bien el gobierno federal impulsa la subcontratación, al mismo tiempo, al menos desde el plano fiscal y de la seguridad social, busca combatir la evasión fiscal, así como establecer la responsabilidad subsidiaria en materia de cuotas de la seguridad social.

Si bien es cierto que estamos en presencia de importantes esfuerzos y aproximaciones para controlar y regular, de manera directa o indirecta, la subcontratación, todo ello pareciera aún ser insuficiente para hablar de un verdadero régimen jurídico en la materia, ni siquiera como parte de una política gubernamental que regule el tema y permita erradicar prácticas nocivas. Se trata de esfuerzos que si bien pueden ser entendidos e incluso en ocasiones compartidos en cada caso de manera aislada, no aparecen como un esfuerzo amplio y articulado del Estado mexicano para atender de manera conveniente el tema.