

EL INTERMEDIARIO Y EL DERECHO DEL TRABAJO MEXICANO. ANÁLISIS DE LAS *OUTSOURCING*

Martha RODRÍGUEZ ORTIZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Generalidades*. III. *Análisis de las outsourcing en el derecho mexicano del trabajo*.
IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente trabajo fue inspirado en un ser humano genial, el cual, nos enseñó que ser un buen jefe es ser un líder, que busca gente trabajadora e inteligente, para sacar proyectos tan difíciles, como en aquella época, fue el seminario de derecho del trabajo y de la seguridad social, y también a las constantes políticas económicas sobre temas jurídicos, en donde siempre destacaba la estabilidad en el empleo, como un eje de importancia para nuestra materia, es por eso, que el presente trabajo, en honor a ese gran ser humano y

* Originaria del Distrito Federal, cursó sus estudios profesionales en la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente es maestra de tiempo completo en el área de derecho del trabajo en la Facultad de Estudios Superiores Aragón, asimismo, es profesora definitiva de derecho del trabajo I en la Facultad de Derecho, ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La maestra Rodríguez Ortiz, cuenta con una trayectoria de 33 años como académica, y es experta en Derecho del Trabajo; en este periodo ha tenido a su cargo la asesoría de 488 tesis de licenciatura, mismas que pueden ser consultadas en la base de datos de TESIUNAM de la Dirección General de Bibliotecas. Durante 15 años de su actividad académica, prestó sus servicios en el Seminario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho, 14 de los cuales, trabajó bajo la dirección del doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña. También laboró en el despacho jurídico Hugo Ítalo y Asociados.

catedrático, como lo es el doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña, es sobre la institución de la estabilidad en el empleo y formas relativamente nuevas que tratan de terminar con ella; por ello, es que en este momento, en que económicamente es crítico para todo el mundo, nos inspiramos en el personaje, que por mucho tiempo fue nuestro superior y guía para realizar el presente artículo.

II. GENERALIDADES

El trabajo, y la estabilidad en el mismo, son fuente de la esencia vital del hombre, quien nace para realizarse y cumplir un fin en la vida, pero, sólo lo puede lograr a través de sus obras y su trabajo.

El derecho del trabajo es una prerrogativa en transformación, producto de la lucha física e ideológica del ser humano, como lo señala el doctor Hugo Ítalo Morales Saldaña.

Consideramos que el derecho del trabajo no es un conjunto de normas creadas para el provecho exclusivo de los trabajadores, sino que, pretende establecer normas con un sentido de equidad y justicia social para regular las relaciones obrero-patronales.¹

El Estado, creando nuevas fuentes de empleo, y la sociedad misma, tienen que salvaguardar los derechos mínimos del trabajador, ya que la mayor parte de la vida la pasa en su trabajo; por lo tanto, debe desempeñarlo con seguridad, y sobre todo, dignidad.

El derecho del trabajo es el esfuerzo que durante muchos años, e innumerables luchas sociales, se nutrió de conquistas a favor de los trabajadores, procurándoles una vida mejor en el ámbito social, cultural y económico, sin olvidar, su sentido de equidad.

Pero, con la globalización, ante el embate económico y la competencia entre naciones, como la República Popular China, que producen mercaderías baratas y con un mínimo de garantías para sus millones de obreros, otros gobiernos se ven en la disyuntiva de tener que renunciar a ellas, o disminuirlas, manejando políticas de restricción a los derechos laborales y atacando principalmente la estabilidad en el empleo.

¹ Morales, Hugo Ítalo, *La estabilidad en el empleo*, México, Trillas, 1987, p. 5.

Sobre la estabilidad en el empleo, como un derecho inalienable e irrenunciable de los trabajadores, Mario De La Cueva dice:

la estabilidad en el trabajo apareció en nuestro derecho como una de las manifestaciones más cristalinas de la justicia social, hondamente enraizada en el derecho del trabajo, porque su finalidad inmediata es el vivir hoy y en el mañana inmediato, pero al nacer miró apasionadamente hacia la seguridad social, porque su finalidad mediata es preparar el vivir del trabajador en la adversidad y en la vejez, son muchas y muy hermosas las consecuencias que encauzan en la estabilidad en el trabajo y hacen de ella uno de los principios sin los cuales no podría constituirse el derecho del trabajo nuevo; la certeza del futuro dignifica al trabajador, porque aquél que sabe de su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones, actuará en aplicación de sus consecuencias éticas y con el interés de su familia.²

En el derecho mexicano del trabajo se adopta el principio de duración indefinida de la relación de trabajo y los contratos por obra o tiempo determinado se convierte en una excepción, sólo pueden celebrarse cuando lo exija la naturaleza del servicio que se va a prestar, o de la obra, cuya ejecución se va a emplear dicho servicio, y que debe quedar estipulado expresamente; concepción valedera en todos sus ámbitos, y no permite que la voluntad de un patrón se imponga para decidir la duración de la relación de trabajo; lo cual, en teoría, sólo perdería el trabajo por una causa marcada por ley, ya sea a través del despido por causa grave y justificada, y/o, por terminación individual, o colectiva, de la relación de trabajo.

No negamos que este principio de estabilidad está vinculado a la economía del país, y en este proceso irreversible de constantes transformaciones, sus raíces fueron modificándose hacia un sentido material y consumista, quedando rezagados los principios éticos y de justicia social, que marcaron al derecho del trabajo y de la seguridad social, los cuales, dan la estabilidad en el empleo.

² De La Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1967, p. 755, t. I.

En México, desde 1917, a través de su Constitución de ámbito social se protegieron estas prerrogativas.

Este derecho está sustentado en el artículo 123 constitucional, donde su ley reglamentaria, que en el apartado A, es la Ley Federal del Trabajo, fuente primordial reguladora de los principios constitucionales, que intentan salvaguardar el derecho primario que tenemos, como seres humanos, de trabajar de forma digna, saludable, retribuida y socialmente útil, pero sobre todo, estable.

El trabajador, por ley natural, desea progresar, superarse asimismo, dejar su puesto original por uno mejor, escalando posiciones, como sus capacidades lo permitan; y, la estabilidad les da esa posibilidad. Reconocemos que esta no es un derecho de propiedad del trabajador, pues no adquiere derechos patrimoniales sobre su empleo, como sucede en algunos absurdos, como poder heredar el puesto a los hijos u otro familiar. La estabilidad pretende que se conserve el trabajo mientras se cumplan las obligaciones de ambas partes, y dentro de los términos que la ley señala.

Debemos reconocer, que la estabilidad depende más del trabajador, que del patrón; el trabajar con esmero, intensidad y cuidado apropiado, como dice la ley, nos hace necesarios e indispensables en el mismo; y, difícilmente alguien le pediría a un trabajador, en esas condiciones, la renuncia; o, en su caso, le despediría. Así también se reconoce que los patrones son los beneficiarios directos de la estabilidad, ya que hay más productividad en su empresa.

La permanencia en el empleo también defiende el principio de libertad de trabajo, preservado por el artículo 5o. constitucional, el cual es, un requisito *sine qua non*, donde el patrón debe respetar el derecho de los trabajadores, a elegir libremente su actividad y su permanencia en el trabajo, porque a nadie se le puede obligar a cumplir un contrato de trabajo que no le guste o vaya en perjuicio de su salud, dignidad y otros factores que no le permitan cumplir con el mismo.

Hay que recordar que el trabajo, es el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza o servicios; por lo tanto, un trabajador, es la persona física que realiza un esfuerzo para transformar la naturaleza y/o producir satisfactores, redundando en un beneficio personal y social.

El patrón es una persona física o moral que contrata a uno o varios trabajadores para lograr, y obtener de ellos, bajo su subordinación, una producción que le genere beneficio personal, social y pecuniario; también, puede ser una institución de asistencia social privada que preste un servicio, y proporcione beneficios a la sociedad, aunque no necesariamente busquen un beneficio económico.

Por ello, una relación de trabajo, es el vínculo jurídico que une a la persona, llamada trabajador, para ponerse a disposición de un patrón; y con ello, crear derechos y obligaciones para prestar un trabajo personal y subordinado, en beneficio de ambos.

Por otro lado, el contrato de trabajo, es el acuerdo de voluntades, a fin de fijar las condiciones de trabajo sobre las cuales se va a desempeñar un trabajo personal y subordinado; sin olvidar, que para nuestra ley, ambos surten los mismos efectos.

No debemos confundir la forma con el verdadero contrato o relación, aunque también, consideramos irrelevante la misma, ya que, la falta de forma, al único que perjudica, es al patrón.

El trabajo, desgraciadamente se ha centrado, únicamente en la esfera del sistema económico, dejando en el olvido, que es un proceso también de socialización y cultura para quién lo realiza y lo recibe.

Para los sistemas económicos capitalistas, la actividad del trabajo, es principalmente con fines lucrativos, lo cual, hace que el empresario explote a los trabajadores, y estos sean permisivos en el maltrato, y muchas veces, en el acoso laboral o sexual, por la necesidad que tienen de subsistir, ellos y sus familias.

El trabajo es en principio, una actividad humana, y la ley lo contempla, como un derecho y deber; pero, su finalidad principal, debería ser una forma de realización, de dignificación y satisfacción, para quién lo hace y para quién lo recibe, llegando a la socialización, que para el ser humano, es necesaria y vital.

El esfuerzo humano, llamado trabajo, debe dejar en el olvido que sólo sirve en un sistema económico de producción, como generador único de riqueza; además, debe ser formativo, cultural y positivo, inmerso en una sociedad abierta para formar un mundo diferente, donde verdaderamente se reconozca el trabajo, como el motor esencial de la vida.

Partiendo de esa primicia, instituciones del derecho del trabajo, como la capacitación y adiestramiento, adquieren relevancia, porque la preparación debe comprender el amor al trabajo y a su entorno.

Asimismo, no podemos negar que en este mundo de tanta competencia, originada por la globalización, son necesarios, trabajadores cada vez más especializados y preparados para enfrentar nuevos retos tecnológicos, por lo que, una buena capacitación, los convierte en mejores especialistas.

Desde nuestro punto de vista, muchos patrones, salvo contadas excepciones, se encuentran más preocupados por cumplir la ley en materia de capacitación y adiestramiento, para evitar una sanción, que capacitarlos y/o adiestrarlos verdaderamente, mermando así, la posibilidad de competencia, para su empresa, como para los propios trabajadores.

Para los trabajadores, en la práctica cotidiana, y de manera natural, se generan el conocimiento y adiestramiento, que en la realidad, no se les otorga.

En cuanto a la seguridad e higiene hay repercusiones, ya que, si no están preparados para manejar una nueva maquinaria, como consecuencia, se producirán accidentes que cambian la vida del trabajador, y de la empresa.

Y en lo que se refiere a las relaciones colectivas, un verdadero sindicato, representante de los intereses de los trabajadores, a través de la contratación colectiva, tendrían que encaminarse a proporcionar condiciones apropiadas para realizar el trabajo, como lo dice nuestra ley, en salud y dignidad, pero sobre todo, con gusto, respeto y mejores formas de capacitar y/o adiestrar.

Otra institución, que merece brevemente nuestra atención, es el Reglamento Interior de Trabajo, ya que regula la forma como se debe prestar el trabajo dentro de la empresa, por lo que, la ley lo ha definido, como el conjunto de disposiciones obligatorias para trabajadores y patrones en el desarrollo de los trabajos en una empresa o establecimiento.

Dicho reglamento, es un documento, que incluye los métodos y sistemas de operación en el trabajo, cuyo objetivo, para algunos, es

eficientar solamente la producción, olvidando al trabajador como un ser humano; y, en una automatización del trabajo, se le ha considerado sólo como una pieza más de la maquinaria, y en este caso, que debe seguir instrucciones rigurosas, perdiendo así, su actividad creadora, espontaneidad y libertad.

Además, debe propiciar una estancia de confort y tranquilidad para el trabajador, que se le manifieste la importancia de su trabajo, y la aportación fundamental para el crecimiento personal y de la empresa; y, sobre todo, que se estimule su creatividad. Los buenos patrones respetan y hacen respetar a sus trabajadores, beneficiándose con su trato, ya que hay más productividad, menos riesgos de trabajo, y además, armonía.

En un mundo tan conflictivo, como el que vivimos, el trabajo es también, una forma de pacificación, aquél que tiene seguridad en su empleo, la manutención segura de su familia, es menos agresivo y próspero.

La estabilidad debe entenderse como un derecho del trabajador, a no ser privado de su empleo por mero capricho de su patrón, y que este rompimiento, sólo pueda efectuarse por una causa justa y existente en la ley.

Por eso, la estabilidad en el empleo adquiere relevancia, porque da seguridad y tranquilidad a los trabajadores trascendiendo a la sociedad, donde el progreso y la paz, difuminan la lucha de clases, y se vuelve más justa, igualitaria y consciente.

III. ANÁLISIS DE LAS *OUTSORCING* EN EL DERECHO MEXICANO DEL TRABAJO

Este artículo, tiene como objetivo particular, hablar de la figura del intermediario, que a últimas fechas, ha proliferado en diferentes formas; aunque, la actual y más conocida, son las *outsourcing*.

Esta figura no es nueva para nosotros, y tiene la finalidad de evadir, tanto cargas fiscales como el cumplimiento de la ley laboral, y como ya señalamos, ataca directamente la estabilidad en el empleo.

La figura del intermediario es compleja; y de acuerdo con Mario De La Cueva:

La intermediación ha sido una de las actividades más innobles de la historia, porque es la acción del comerciante cuya mercancía en el trabajo del hombre, para no decir que el hombre mismo, el mercader que compra la mercadería a bajo precio y la vende en una cantidad mayor, el traficante que sin inversión alguna obtiene plusvalía.³

Así, debemos remarcar, que el objetivo principal del orden jurídico, radica en alcanzar valores y fines de un bienestar social y personal, así como buscar soluciones a los problemas que plantean los cambios y transformaciones que sufre toda comunidad.

Una convivencia responsable, a través de un orden jurídico y preciso, son los valores fundamentales que se rompen cuando nuestras leyes no son claras, o no se aplican debidamente, primero por nuestras autoridades, y en segundo término, por los sujetos responsables de la normatividad.

El intermediario, pese a todas las precauciones que se pretenden tomar, conforme a la ley, es una figura preferida para defraudar por personas poco escrupulosas.

Nuestro ordenamiento jurídico laboral, en los artículos 12 y 13, intentan definir lo que es un intermediario, y lo que no lo es, dichos artículos son oscuros y complejos en su terminología y con ello, aprovechándose las empresas, sobre todo, las que proporcionan el servicio *outsourcing*, para realizar un acto de simulación jurídica, y así, desvincular a los patrones de sus obligaciones.

Outsourcing, es un vocablo inglés, que proviene de la palabra *outsouce*, conformada; y a su vez, de la palabra *source*, que significa fuente; y, *out*, que quiere decir, afuera. Sin embargo, la debemos traducir como, subcontratación.

Algunos reconocen esta figura como un proceso económico, en el cual, una empresa mueve o destina los recursos orientados a hacer una tarea específica, a otra empresa, con labores especializadas.

También podría definirse como un servicio exterior a la organización que actúa como una extensión de los negocios mismos, pero que responden con una organización propia, para la conformación

³ De La Cueva, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, 11a. ed., México, Porrúa, 1969, p. 764, t. I.

de un actuar más productivo y menos derrochador; para nosotros, estas formas no son de intermediarios, sino verdaderos patrones, y reiteramos, sirven para defraudar, tanto al trabajador, como a las instituciones.

El *outsourcing* fue una respuesta, ya que, anteriormente, una empresa contrataba todos los servicios que necesitaba para su funcionamiento, y para evitar depender de otra, u otras empresas.

Empero, en un mundo moderno, en el que se está viviendo una cambiante revolución tecnológica, momento a momento, se denostó una incapacidad para mantenerse actualizados y competitivos en algunas áreas de la empresa, obligando a estas, a contratar a otras independientes, y a su vez, especializadas, para lograr un mejor desarrollo.

Antes de continuar, debemos aclarar lo que significa intermediario, pues no podemos negar, que las *outsourcing*, no son siempre intermediarios, sino que, por su condición, son patrones; de esto, hablaremos más adelante.

Para comprender mejor lo anterior, es necesario precisar el significado de una relación de trabajo, la cual, es el acto jurídico que vincula a una persona física llamada trabajador para ponerse a disposición de otra física o moral llamada patrón, creando con ello, derechos y obligaciones para ambas partes de cómo se va a prestar el trabajo personal y subordinado al realizar una actividad física-intelectual a otra a cambio de un salario, y hablamos de vínculo jurídico como un acto de la misma naturaleza, ya que el trabajador libremente debe escoger las funciones a realizar.

No encontramos muchos antecedentes de la figura del intermediario; y, aunque el hombre siempre ha querido explotar la ignorancia o necesidad de su semejante, sin olvidar que nuestro derecho nace precisamente de la necesidad de solventar y procurar la adquisición de bienes indispensables para la subsistencia.

Hay que tomar en cuenta, que en la vida laboral, casi siempre se ha requerido el auxilio de “alguien” que nos recomiende para entrar a un trabajo; y, en épocas pasadas no fue la excepción, de ahí, que la figura en estudio, también se pierda en el tiempo, ya que su aparición como una institución formal, se da hasta el siglo pasado.

Los antecedentes más precisos se originan en los talleres creados en la Edad Media, donde se formaron consejos de maestros, que a través de una reglamentación minuciosa y estricta, lograban evitar la libre competencia, regulación de precios, control de producción, creación de más talleres, y sobre todo, la restricción de la entrada al gremio, obligando así, a usar de intermediarios, a las personas que tuvieran la pretensión de ser aprendices, ya que los oficios eran hereditarios, y los que no se encontraban en esa tesitura, se les exigía una larga práctica de aprendizaje, desarrollando su trabajo sin prerrogativas o derechos, aunque, su entrada al mismo, era a través de una recomendación. En la actualidad, sigue existiendo la necesidad de acudir a un intermediario para encontrar trabajo, como son las agencias de colocación.

Las pocas actividades que pudieron desarrollarse en la Edad Media se vieron rebasadas cuando los pequeños Estados empezaron a desaparecer debido a los grandes descubrimientos, tanto geográficos como tecnológicos de aquella época; se incrementó la producción, y la naciente clase burguesa detentó el poder económico, destruyendo así, a las frágiles monarquías de aquel entonces.

Desaparecen lo pequeños talleres, se incrementa la industria, y la explotación del hombre por el hombre es la tónica a seguir; los trabajadores, sienten la necesidad de defenderse de las injusticia del nuevo capitalismo y tratan de formar uniones.

La situación económica de los trabajadores era desastrosa, prevalecían los ideales del individualismo; se estimaba, que la persona constituía por sí misma, el centro de atención, y que todo se creaba a favor de la persona física e individual, prohibiendo al Estado intervenir en decisiones personales, y no aceptando a la persona colectiva, ya que el uso de su irrestricto derecho de decidir, no requería agrupaciones, ni coaliciones.

En esa época (1700 y 1760), los obreros trabajaban a destajo, el pago era raquítrico, y a veces, recibían su salario por medio de intermediarios; la contratación se hacía, generalmente, por tiempo determinado, a un año.

Por estos años, ubicamos a la Revolución Industrial, conocida así, por el cambio en el fenómeno económico, social, cultural e intelectual.

tual, consecuencia de la reunión de muchos trabajadores en un sólo lugar; reconociéndose los trabajadores, con las mismas necesidades, preocupaciones, carencias, e intentando tener mejores prerrogativas dentro de la empresa, a diferencia del sistema medieval de pequeños talleres artesanales, y propiciándose la creación de uniones sociales, que posteriormente fueron partícipes en la creación de normas laborales.

La nueva situación, transformó viejas organizaciones que frenaban el desarrollo, así, el Edicto de Turgot, intentó suprimir los gremios y las corporaciones, intentando acabar con las uniones, que representaban un peligro para los gobernantes; y, en el mismo tenor, se dio la Ley *Chapelier*, la cual, además, prohíbe la intermediación.

La mayoría de los Estados sancionaban penalmente los actos de protestas que se realizaban so pretexto de obtener condiciones de trabajo justas, sobre todo si se realizaban en coalición, aplicando, en algunos casos, hasta la pena de muerte. En lo que se refiere al derecho de huelga, sabemos que no era posible su aceptación, y los que la ejercían, eran perseguidos, tanto por sus pensamientos, como por sus hechos.

La nula protección al trabajo, el desgaste prematuro del ser humano por el uso indiscriminado del trabajo de jóvenes y niños, logro la unión de los trabajadores, exigiendo mejores condiciones de vida, comprendiendo que constituían un factor primordial en la producción de riqueza, y, que su trabajo, no era una concesión graciosa del patrón; y así fue, que los Estados reconocerían, que el papel de simple vigilante y controlador de las situaciones para imponer el orden cuando se alteraba por una huelga, o por algún movimiento de los trabajadores, era insostenible, y que su intervención era necesaria para crear un nuevo orden, generando derechos en reconocimiento del trabajo y de quien lo realizaba.

Instituciones, como la *Trade Unions*, la revolución Cartista, el *Manifiesto del Partido Comunista*, la encíclica *Rerum Novarum*, exclamaciones de personajes tan importantes como Sismonde, Roberto Owen, Marx, Engels, entre otros, influyeron en dichos cambios.

El individualismo sólo sirvió para fortalecer las cadenas que ahogaban la libertad del trabajador; los estados modernos busca-

ron la solución a través del reconocimiento, donde el trabajo era la fuente primordial de la riqueza, junto con el capital, susceptible de ser protegido con normas justas y equitativas.

Constituciones sociales, como la de México y *Weimar*, realizadas a principios del siglo pasado, reconocieron al trabajo, como digno de protección y privilegios, y que se le negaron con el individualismo; y para muchos, una esperanza de tener seguridad social, y una existencia digna.

La ley reglamentaria del artículo 123, la cual se convirtió en federal en 1931, se ocupó del problema del intermediario, con el propósito de evitar los inconvenientes ya comentados en párrafos anteriores.

De acuerdo a la Ley Federal del Trabajo, en el artículo 12 dice, que el “Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra y otras para que presten servicios a un patrón”.

Tal definición es poco clara, y se complica aún más, cuando el legislador intenta a través del artículo 13, explicar que no es un intermediario, y para ello, nos dice:

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

Para el maestro Dávalos, que, nos parece más claro, señala:

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”.⁴

4 Dávalos, José. *Derecho del trabajo I*, 9a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 100.

Consideramos que la definición anterior describe claramente el aspecto más común de la intermediación; pero, no negamos que se confunde con otras instituciones, como la llamada tercerización, contratista, u otras formas de denominación.

Afirmamos que, con tales conceptos marcados por nuestra ley, la confusión es normal, pues se considera que la verdadera definición legal se encuentra en la fracción XXV, del artículo 123 constitucional, que expone:

El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier institución oficial o particular. En la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo, y en igualdad de condiciones tendrán prioridad quienes representen la única fuente de ingresos en su familia.

Por ello, el intermediario no tiene relación laboral, ni con el trabajador, ni con el patrón; como su propio nombre lo describe, es una persona que le busca trabajo a quien lo necesita, y le proporciona trabajadores a quién lo solicite; y, que obtiene ganancias por este sólo hecho, aunque, de acuerdo a ley, este servicio debe ser gratuito para los trabajadores; sabemos que en la práctica esto no se cumple, debido a que no hay sanción explícita en la ley para los infractores.

Aunque la tendencia a la tercerización o intermediación se da más en la década de los setenta, no negamos, que al concluir la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de las empresas observaron una marcada tendencia a no depender de proveedores externos, concentrado el mayor número de actividades dentro de la misma.

El acelerado desarrollo en materia tecnológica empezó a evidenciar la capacidad limitada de las empresas para mantenerse actualizadas y competitivas; esta exigencia permitió contratar a otras con departamentos especializados y versátiles, proporcionando servicios característicos con estrategias de crecimiento, evitando así, la caducidad de las mismas, y volviéndose más competitivas en un mundo globalizado. Por ello, la subcontratación encontró suelo fértil para su propagación.

Debemos aclarar, que la subcontratación es un contrato que una empresa hace con otra, a efecto de que le realice determinados servicios, asignados y determinados por la primera; pero, la segunda, también puede sugerir o especificar el servicio que necesita la primera.

Resulta oportuno señalar que, para varios empresarios, el término *outsourcing*, es demasiado limitante para describir sus matices, y se utilizan, por lo tanto, menciones como la subcontratación, intermediación, tercerización, cofabricación, administración adelgazada, entre otras.

Dicho término es acuñado en los años ochenta, para tratar de describir la marcada tendencia de transferir parte de la organización administrativa de instalaciones, como pudiera ser, una proveedora de su procesamiento de datos o servicio de comedor, y en algunas ocasiones, el subcontratista se convertiría en un verdadero socio, al intervenir con su propio capital y en la toma de decisiones.

Además, ofertan reducir costos, proveer nuevas formas de asegurar la entrega de materia prima, artículos, y componentes; así como maximizar rendimiento en áreas específicas como los sistemas financieros, contables, mercadotecnia, personal; o, de actividades secundarias, como son la vigilancia, limpieza, abastecimientos, etcétera.

Estos sistemas se han generalizado, posiblemente para la conformación de un mundo más productivo y menos derrochador, donde se oferta, en un ambiente más competitivo y exigente, una gama de servicios que prometen reducir costos y maximizar recursos, evitando desperdicios.

Cabe señalar, que el servicio de *outsourcing* puede ser parcial o total; en el primero, sólo se transfiere una parte de los elementos en los sistemas financieros o contables, mercadotecnia, administrativo u otros. Mientras el segundo, implica la transferencia total de equipos, personas, redes, operaciones administrativas, etcétera.

El problema principal, es tener muy claro, que el intermediario no participa en la relación de trabajo, simplemente relaciona a los sujetos que piden trabajo, con los que lo otorgan, para que nazca una relación laboral.

No es intermediario, sino patrón, el que actúa con nombre propio y crea entre él y los trabajadores una relación directa y subordinada, elemento indispensable y característico de una correlación de trabajo; y por ello, debemos abordar y explicar para diferenciar al intermediario de otro tipo de figuras.

La subordinación, que también sirve para diferenciar la relación de trabajo con otros tipos de prestación de servicios, es aquella, que en principio, sujeta a un trabajador a un orden previamente establecido por ley o por el patrón, para estar a su disposición y obediencia, bajo una dependencia disciplinaria y que genera derechos y obligaciones.

Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, señala:

RELACIÓN LABORAL, EXISTENCIA DE LA. De conformidad con el artículo 20 de la Ley Federal de Trabajo, la relación es la prestación de un servicio personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. De esta definición se advierte que el elemento esencial de la relación de trabajo que permite distinguirla de otras relaciones jurídicas, es el de la subordinación en la prestación del servicio, la cual se traduce en la facultad del patrón de disponer del trabajador de acuerdo a la ley o del contrato. (Tesis; vi.2do27L, Novena Época, p. 1008).

El Instituto de Investigaciones Jurídicas, señala:

La subordinación se refiere con exclusividad al trabajo siempre que esté fundada en esa relación de poder, si se toma en cuenta que los medios de producción no se encuentran en manos del trabajador, sino del propietario, por ser este la persona que necesita de ellos para vivir. La subordinación, en suma, no es un conjunto de derechos del patrono sobre el trabajador sino el presupuesto para la existencia, dentro de la empresa, de una serie de relaciones jurídicas que se resumen en la facultad del empresario de imponer su propia voluntad, o en otras palabras, un derecho de mando y una obligación correlativa del trabajador, de sujetar a ella su voluntad en un deber de obediencia.⁵

⁵ UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2000, p. 3576.

La subordinación por tanto, se caracteriza por el ejercicio de un poder jurídico que ejerce un patrón sobre un trabajador, circunscrito a la prestación laboral comprometida, y en la cual, el patrón puede dirigir, fiscalizar, suspender o solicitar mayor o menor intensidad en el desempeño de las funciones.

Esta dependencia continúa, aún cuando este poder de disposición exista a favor de terceros, cuando una persona se obliga a prestar un trabajo a otra por órdenes de su patrón, sin olvidar, que de acuerdo a nuestra ley, quien se beneficia con el trabajo de esta persona, se convierte en un sujeto obligado solidario en lo que respecta a las condiciones de trabajo.

Ya hemos comentado que la intermediación no debe confundirse con una verdadera relación de trabajo; así las *outsourcing*, dependiendo de cómo se presenten, pueden funcionar como un intermediario o como un patrón.

En este último supuesto, si las *outsourcing* se presentan como patrón, y no llega a cumplir sus obligaciones en el orden laboral, propiciará, que el que reciba el beneficio del trabajo, sea el que pague y se obligue al cumplimiento de las condiciones de trabajo.

Aunque se ha enunciado que estas nuevas formas de contratación, a veces impulsadas por políticas públicas, han provocado la merma y precarización de las condiciones laborales, entre ellas, la previsión social a que se tiene derecho, que es parte fundamental de la seguridad social.

Ante, la cada vez más frecuente escasez de fuentes de trabajo, y la limitación de recursos médicos y hospitalarios, pensamos que es necesario fomentar la seguridad social; El estado debe enfrentar su responsabilidad de ofrecer protección a toda persona que, sin importar condición social, edad, género o cualquier otro factor, como la salud, garantice oportunidades de desarrollo social, económico y cultural, protegiendo contra contingencias, como los despidos, enfermedades, accidentes, entre otros.

Las formas de llevar a cabo la función social de protección, a través del Estado, y consignadas en nuestra Constitución, entre las más importantes tenemos a la asistencia social y la previsión social.

La asistencia social, como mecanismo de la seguridad social es dirigida a personas que no cuentan con algún tipo de seguro so-

cial; es una protección integral física, mental y social a personas en estado de necesidad, y que puede ser brindada por el Estado, o por alguna institución privada, las cuales se mueven en torno al objetivo de ayudar a los sectores marginados de nuestra sociedad.

En lo que respecta a la previsión social, es el conjunto de normas e instituciones que pretenden proteger al trabajador de la vicisitudes que la vida y el trabajo pueden provocarle, como accidentes o enfermedades; y que lo priven de obtener su salario, así como de los elementos que le proporcionen la recuperación de la salud. Para ello, se obliga al patrón a inscribir a sus trabajadores al seguro social, o a cualquier otro organismo de tipo privado o público, para cumplir su obligación de proporcionar una calidad de vida digna y segura. Estas instituciones deben ocuparse en la salud integral de los trabajadores, y deben de proporcionar también una gama de tareas a desarrollar en los tiempos de ocio, logrando con ello una vida más completa para el ser humano.

El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), organismo público descentralizado, es una institución creada bajo los principios de universalidad, solidaridad, subsidiaridad, obligatoriedad e igualdad para garantizar el derecho humano a la salud, asistencia médica, protección de los medios de subsistencia y servicios sociales necesarios para un bienestar, tanto individual como colectiva, como lo indica la ley de la materia.

El IMSS nace en 1942, cuando el entonces presidente Manuel Ávila Camacho envía al Congreso de la Unión, la iniciativa de creación de dicho organismo, la cual fue aprobada el 31 de diciembre de 1942, y entró en vigor el 13 de enero de 1943.

El mercado laboral mexicano, como ya se señaló, ha propiciado nuevas formas de contratación, las cuales, tienden a la simulación de actos jurídicos, mermando los derechos laborales, donde los esquemas de subcontratación han alcanzado, en su afán de incrementar sus ganancias, su máxima expresión.

Sin importar los perjuicios que ocasionan a los trabajadores, las *outsourcing* se han incrementado; y además, tienden a extenderse en la evasión al pago de las cargas, emanadas de la previsión social, con mayor precisión, de las obligaciones que, por ley, tienen los patrones con el seguro social.

Y así es, que surge la creación de una serie de medidas que faciliten la vigilancia y control de los empresarios para el cumplimiento de esas obligaciones; y precisar el carácter del sujeto obligado cuando se contratan los servicios de las *outsourcing*, sobre todo en el servicio de nóminas; y por ello, el 11 de junio de 2009, se promulgó el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley del Seguro Social.

El 28 de diciembre del 2009 se presenta ante el pleno de la Cámara de Senadores, el dictamen que permite al IMSS, eficientar su función recaudadora y fiscalizadora mediante herramientas que faciliten la confrontación de datos y el cruce de información, verificando y ubicando quienes son los sujetos obligados al pago de cuotas obrero-patronales, y con ello, evitar los problemas administrativos y de costo, tanto al ente fiscalizador, como al sujeto obligado a presentar su información.

Los cambios incorporados a la Ley del Seguro Social se pueden sintetizar en los siguientes rubros: definición del sujeto o sujetos obligados; al respecto, la fracción VIII, del artículo 5-A, dice:

Para los efectos de esta ley, se entiende por: ...Sujetos o sujeto obligado; los señalados en los artículos 12, 13, 229, 230, 241 y 250-A de la ley, cuando tengan la obligación de retener las cuotas obrero-patronales del Seguro Social o de realizar el pago de las mismas, y los demás que se establezcan en esta ley.

Este cambio, que se encuentra en el párrafo final va en concordancia con el artículo 15-A, que señala, entre otras cosas:

...Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando un patrón o sujeto obligado, cualquiera que sea su personalidad jurídica o su naturaleza económica, en virtud de un contrato, cualquiera que sea su forma o denominación, como parte de las obligaciones contraídas, ponga a disposición trabajadores u otros sujetos de aseguramiento para que ejecuten los servicios o trabajos acordados bajo la dirección del beneficiario de los mismos, en las instalaciones que éste determine, el beneficiario de los trabajos o servicios asumirá las obligaciones establecidas en esta Ley en rela-

ción 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....

El tercer y cuarto párrafo del señalado artículo, incorporó la responsabilidad solidaria del sujeto beneficiado con los trabajos y servicios, siempre y cuando, el que se presentó como patrón no cumpla, y haya sido requerido por la institución, y además, no hubiese atendido dicho aviso.

El quinto párrafo obliga a comunicar cada trimestre, ante la subdelegación correspondiente, el domicilio del patrón o sujeto obligado; esta prerrogativa se dio por la práctica común de cambiar la razón social de las empresas en una forma indiscriminada.

Deberán registrar sus contratos y toda la demás información por duplicado, con el afán de que el seguro social, con su facultad fiscalizadora, encuentre, con mayor facilidad, a la persona sujeta al cumplimiento de las obligaciones que prevé la ley.

Estos cambios son necesarios, además de un acierto, ya que trata de persuadir a las empresas, que con prácticas evasivas y de simulación, sin importar el perjuicio que ocasionan a los trabajadores, intentan no cumplir sus obligaciones; no obstante, reconocemos que las reformas provocan nuevas y fuertes cargas administrativas, tanto de las empresas que brinda servicios de *outsourcing*, sobre todo en el ramo de nómina, como a quien las contrata, ya que los convierte en obligados solidarios.

Dichas reformas pudieran desincentivar la contratación y la generación de empleos; en este marco de referencia, debemos evaluar, que la justicia social se convierte, muchas de las veces, en una utopía, en donde los gobiernos se vuelven permisivos con las empresas para no cumplir con sus obligaciones; pero, también la desigualdad social, y el no proporcionar, sobre todo, una protección de orden médico, las cuales, pueden traer consecuencias graves, y desatar un lucha social con perjuicio para todos los componentes de una comunidad; por eso, es incuestionable que los sujetos de derecho, sobre todo los patrones, deben comportarse dentro de los cánones que nuestra Constitución y nuestra ley, señalan.

Por eso se hizo necesario reformar la Ley del Seguro Social. Falta, sin duda mucho por hacer, entre otras cosas, reconocer que nuestras normas serían más eficaces si evitarán ser oscuras, dudosas o incompletas y no tuviéramos que interpretarlas para su aplicación.

Debemos recordar que nuestras leyes son elaboradas por el Congreso de la Unión, o los congresos estatales, y que las personas que los integran, no son todos expertos en derecho; aunque se sabe que deben ser asesorados por personas especializadas, y en ese contexto, la redacción de nuestras normas, deben cumplir los requisitos de claridad, y congruencia, que dentro de una hermenéutica jurídica, y en la medida de lo posible, no debería dar cabida, a tener que usar una serie de metodologías, tratando de describir qué se intentó decir.

En lo referente al enfoque de carácter normativo, dentro del tema del intermediario, cabe señalar que la ley es insuficiente para entender claramente este concepto; por lo tanto, sugerimos que en los artículos 12 y 13 de la Ley Federal del Trabajo, se transcriba parte de la fracción XXV, del artículo 123 constitucional, para que quede de la siguiente manera: Artículo 12. Intermediario es la persona física o moral que a través de agencias de colocación, oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquier otra institución pública o privada, da servicio de contratación para la colocación de los trabajadores. En la prestación de este servicio será gratuito para los trabajadores, en caso de violación por parte de las instituciones privadas, serán cancelados sus permisos para continuar con su función, las instituciones públicas estarán a lo dispuesto por sus propios ordenamientos.

Las autoridades administrativas pretenden resolver el problema por medio de un servicio gratuito, otorgado a través de su organismo, y que a la vez es una autoridad de trabajo, como lo es el Servicio Nacional del Empleo, Capacitación y Adiestramiento a nivel federal, y local, por los órganos competentes que las entidades federativas, de conformidad con lo establecido por la fracción II, del artículo 539 dispone, para la colocación de los trabajadores.

Estas funciones pueden ser realizadas por agencias privadas, las cuales deben ser autorizadas, y en su caso, registradas por las autoridades arriba señaladas. Es de todos, conocido, que muchos de los

llamados intermediarios, no cumplen con los requisitos señalados por ley, aún cuando el artículo 539-F expone: “La autorización para el funcionamiento de agencias de colocación, con fines lucrativos, sólo podrán otorgarse excepcionalmente, para la contratación de trabajadores que deban realizar trabajos especiales”.

Insistimos, es necesario aclarar nuestro ordenamiento jurídico e imponer sanciones fuertes para los que no cumplan con las disposiciones, tanto legales, como reglamentarias.

Debemos comentar que el artículo 13 no habla de intermediario, sino que intenta regular al patrón, que sirve a otra empresa, ofreciendo servicios de administración, limpieza u otra índole, en la cual, la segunda no quiere hacerse cargo en forma directa, sin olvidar que ambos serán solidariamente responsables ante los trabajadores por incumplimiento de las obligaciones de orden laboral.

Sabemos que, aunque un contrato civil, libere de responsabilidad a uno de ellos, nuestro ordenamiento es de orden público, y prevalece lo más favorable para el trabajador; pues los derechos de la clase trabajadora no son renunciables, de acuerdo a diversas disposiciones enmarcadas en la ley.

Si nuestras autoridades cumplieran a conciencia con los objetivos para lo que fueron creadas, el respeto de la normas sería algo cotidiano y de trato común.

En conclusión, la estabilidad en el empleo es un derecho de suma importancia que beneficia, tanto al trabajador como al patrón.

El intermediario es un figura que propicia el fraude y debe tratar de evitarse; además, la ley debería ser modificada para aclarar cuando se actúa como un verdadero intermediario, y cuando no; por ello, con un cambio a la norma constitucional, se evitaría la interpretación que se hace por ser oscura.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario, *Introducción al derecho*, México, McGraw Hill, 2002.

BERMÚDEZ CISNEROS, Miguel, *Derecho del trabajo*, México, Oxford, 2008.

- BUEN, Néstor De, *Derecho del trabajo I*, México, Porrúa, 2008.
- CUEVA, MARIO De La, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 2000.
- , *Derecho mexicano del trabajo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1967, t. I.
- , *Derecho mexicano del trabajo*, 11a. ed., México Porrúa, 1969, t. I.
- DÁVALOS, José, *Derecho del trabajo I*, 9a. ed., México, Porrúa, 1990.
- MORALES, Hugo Ítalo, *La estabilidad en el empleo*, México, Trillas, 1987.
- RODRÍGUEZ ORTIZ, Martha, “La automatización y sus efectos en la estabilidad en el empleo”, *Revista del Colegio de Profesores de las Materias Económicas de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, junio de 1991.
- ROTHERY, Brian y ROBERTSON, Ian, Outsourcing. *La subcontratación*, México, Limusa, 1996.
- UNAM, *Nuevo diccionario jurídico mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2000.