



BUFETE SÁNCHEZ-NAVARRO S.C.

Con relación a al impacto de las reformas a la Ley Federal del Trabajo que entraron en vigor el 1 de diciembre de 2012, nos permitimos emitir la presente consulta en la que exponemos los posibles efectos de la reforma específicamente en relación a la figura del TRABAJO EN RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN, de acuerdo a lo que adelante se señala:

1. OBJETIVO.

El objetivo de la presente consulta es determinar:

- a) El alcance y consecuencias de la adición del Trabajo en Régimen de Subcontratación (**la Subcontratación**) derivado de la incorporación a la Ley Federal del Trabajo (**LFT**) de los artículos 15-A, 15-B, 15-C y 15-D que entraron en vigor a partir del 1 de diciembre de 2012.
- b) Las posibles contingencias de acuerdo con la organización actual de las Empresas y la relación con los terceros proveedores de servicios y personal.
- c) El impacto que la adición del Trabajo en Régimen de Subcontratación pudiera tener con relación a la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas (**PTU**).
- d) Las acciones a ser implementadas a efecto de dar cumplimiento a la LFT.

2. MARCO HISTÓRICO Y SITUACIÓN ACTUAL

Para efectos de este estudio, señalaremos los siguientes periodos:

- 2.1 Antecedentes históricos del régimen de subcontratación;
- 2.2 Periodo del 1 de mayo de 1970, en donde la tercerización estuvo contemplada por la LFT bajo el concepto de Intermediación, regulada en los artículos 12, 13, 14 y 15;
- 2.3 Segundo periodo, que identificamos con la entrada en vigor de las reformas de 2009 a la LSS (D.O.F. 9 de julio de 2009) en donde se “legalizó” la existencia de las Empresas de suministro de personal y en general la posibilidad de que una Empresa suministrara personal a otras distintas empresas;
- 2.4 Tercer periodo, que inicia en noviembre de 2011, con la “definición” de Unidad Económica. (Jurisprudencia que determinó que los contratos de prestación de servicios son nulos, por lucrar con el trabajo humano)¹;

¹ Jurisprudencia no I.3o.T. J/28 (9a.) emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito bajo el rubro y contenido siguiente:

CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SI A TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR.

2.5 Periodo actual que inicia el 1 de diciembre de 2012, con la entrada en vigor de las reformas a la LFT.

En este trabajo llamaremos tercerización a una figura genérica del trabajo realizado por terceras personas ya sea fuera o dentro del centro de trabajo. De igual forma distinguiremos entre la el Outsourcing y el Insourcing, así como distinguiremos entre una Intermediación genérica y una Intermediación exclusiva. Subcontratación lo utilizaremos a fin de referirnos a la reciente adición a la LFT.

La figura de la tercerización no es una figura reciente, se ha presentado en el ámbito del trabajo desde hace ya varias épocas. En particular en fechas recientes se ha incrementado considerablemente, derivado de la globalización de la economía, del avance de la ciencia y la tecnología que permite a los empresarios y trabajadores poder realizar trabajos o servicios cada vez más especializados con la posibilidad de brindarlos tanto desde los centros de trabajo o en lugares o países distintos.

La especialización del trabajo es un fenómeno derivado de la dinámica de la industria y de los servicios. Esto lo podemos ver desde los inicios de la Revolución Industrial; con el nacimiento del trabajo en líneas de producción, pasando por los grupos de trabajo y las dinámicas que la evolución de la industria y de los servicios han impuesto; así como de la necesidad de elevar la eficiencia derivado del mejor o mayor conocimiento de una actividad.

En la industria de la construcción, existe una clara identificación de la especialización de los trabajos y donde la organización desde tiempos remotos se ha dado bajo bases gremiales, de manera tal que la construcción se realizaba y se realiza, mediante un sistema jerárquico y especializado de

Conforme al artículo 3o. de la Ley Federal del Trabajo, el trabajo no es artículo de comercio. Por otra parte, el numeral 16 de la citada legislación establece que la empresa, para efectos de las normas de trabajo, es la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios. En este contexto, cuando una empresa interviene como proveedora de la fuerza de trabajo a través de la celebración de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, o de cualquier acto jurídico, y otra aporta la infraestructura y el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el mencionado artículo 16; de ahí que para efectos de esta materia constituyen una empresa y, por ende, son responsables de la relación laboral para con el trabajador.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5183/2006. International Target, S.C. y otro. 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Alma Ruby Villarreal Reyes.

Amparo directo 16803/2006. Martín Silva Rodríguez. 10 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: Sergio Javier Molina Martínez.

Amparo directo 3/2007. Pablo Alejandro Montero Ampudia. 31 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretario: Pedro Cruz Ramírez.

Amparo directo 1394/2010. Juan Benítez Pérez. 17 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Tarsicio Aguilera Troncoso. Secretaria: María Guadalupe León Burguete.

Amparo directo 792/2011. Erika Yareth Hernández Gama. 17 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Yara Isabel Gómez Briseño.

maestros dedicadas a la albañilería, ingeniería, arquitectura, plomería, ductos, apertura de brechas, operación de equipos pesados, yeseros o carpinteros; que han evolucionado, en el mejor de los casos, a empresas especializadas en cada uno de estos tipos de trabajo de construcción o en el prototipo artesanal, donde cada maestro tiene un grupo de personas que realizan el trabajo especializado. Es ahí, precisamente en la industria de la construcción, donde de manera histórica y connatural se ha presentado el concepto de contratistas o de contratación por especialidad.

En ese sentido, la legislación en general ha venido a la saga para remediar o determinar los alcances que impone la realidad y la tecnología.

En los últimos 40 años, los sistemas productivos, tanto industriales como de servicios, se han modificado radicalmente, evolucionando hacia sistemas de especialización en la manufactura y los servicios, tendiendo las empresas a concentrarse en su actividad principal (“Core Business” por su término en inglés). Esto ha dado lugar a identificar algunos trabajos, distintos la actividad principal de las empresas, que puedan ser suministrados o provistos por otra empresa que a su vez sea especializada en la prestación de los mismos a aquella o a otras varias empresas de un sector industrial, de servicios o en forma general, no sólo a nivel regional o de País, sino a escala global, como se le ha llamada últimamente.

En este sentido se inició una tendencia clara de tercerización, con diversos trabajos considerados no fundamentales o esenciales para la consecución de los fines de la empresa, como lo son el trabajo de limpieza industrial o de oficinas, servicios de vigilancia o seguridad, que son prestados por personal que tiene los conocimientos y la capacidad para realizar estos trabajos para varias empresas industriales o de servicios en los que puede hacer más eficientes sus costos en función de una economía de escala, teniendo también como ventaja el concentrar los conocimientos, la experiencia y la capacidad de compra de materiales y posibilidad de capacitación de los servicios de su personal.

Otro ejemplo importante en la evolución de la división y especialización del trabajo, se encuentra en la industria automotriz con la implantación del concepto “Justo a Tiempo” (“Just in Time” por su término en inglés), en el cual los proveedores de las autopartes tienen que entregar en la línea de producción de los automóviles y camiones el material necesario para el ensamble a la empresa armadora; bajo este esquema, en un principio, el proveedor de autopartes pone los materiales y productos a disposición de las empresas armadoras, para en un siguiente paso evolucionar dicha proveeduría de material hasta el hecho de contar con trabajadores y empleados de los proveedores de autopartes, proveyendo e instalado a la vez las autopartes, en la misma línea de producción.

Lo anterior permite a las empresas enfocarse en la consecución de la actividad principal, y dejar a otros los aspectos secundarios para el funcionamiento y vida diaria de la empresa.

Con la evolución de la tecnología, computadoras, teléfonos y sistemas electrónicos se dio un giro radical en la forma en que se dividió el trabajo y tanto para la industria como para los servicios, fue

necesario que el proveedor de sistemas de tecnología, no sólo se concentrara en la venta de productos, sino también a la proveeduría de sostenimiento y mantenimiento de las redes y sistemas telefónicos o de computación. En este mismo aspecto, existen empresas especializadas en soporte telefónico conocidas como “call center” que en forma remota ayudan a la solución de problemas o a dar servicios a los clientes. Otra forma de aprovechar la tecnología es la posibilidad del trabajo remoto que también ha quedado regulado, en el que se pueda trabajar en forma remota o desde el hogar del trabajador.

Por otro lado, las empresas iniciaron un proceso de cuidado importante en el número de personal que tenían contratado y asignado para sus labores propias (“Headcount” por su término en inglés) dando lugar a un significativo incremento en el suministro de personal temporal para las empresas; originado en un principio bajo el concepto de poder contar al momento con la posibilidad de personal no propio, ya capacitado, que pudiera hacer frente a las necesidades de trabajo extraordinario, emergencias o incidencias que se pudieran presentar con el personal propio.

De esta forma el **suministro de personal** que otorgan las empresas de “Outsourcing” (o “Manpower” nombre genérico con el que se les identifica) de proveer un servicio excepcional, se convirtieron en la regla general para el suministro de personal, donde en algunos casos, parte del personal de las empresas está directamente contratado y la otra se provee a través de la tercerización del personal en condiciones de salario y prestaciones distintas, incluso al extremo de que existan empresas que operan en su totalidad mediante personal suministrado por una empresa tercera.

Asimismo, no podemos obviar la existencia de suministro de personal que utilizan figuras jurídicas para desviar el cumplimiento de ciertas obligaciones y responsabilidades, como son: el uso de sociedades cooperativas, sociedades civiles e incluso de esquemas de pagos sindicales, con la finalidad de disminuir el pago de contribuciones sociales o de impuestos. Así lo ha expresado Alfredo Sánchez Castañeda en su libro La Subcontratación: un fenómeno global:

“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....*²

Según la exposición de motivos de la reforma a la LSS del 9 de julio de 2009, la finalidad de la misma era evitar la elusión y afectación de derechos laborales derivados de las nuevas tendencias de subcontratación (“Outsourcing” y/o tercerización):

“Resulta claro que la subcontratación y la intermediación laboral –que no son prácticas privativas de nuestra sociedad– se presentan cada vez con mayor frecuencia y en diversas formas, como la subcontratación de producción, la de obra, la de servicios, la de tareas y la de mano de obra; así como por la contratación de servicios laborales temporales, la contratación por tiempo parcial, la eventual, la contratación de servicios profesionales por honorarios o, incluso, contrataciones con la férula de “asociados en servicios independientes”, simples asociados o socios de diversas personas jurídicas, entre algunas de las formas, todas ellas sin duda fuera de los esquemas salariales y previsionales de la economía formal e institucional.

Las figuras no responden a la dimensión de las relaciones laborales legales establecidas, sino que se trata de intermediaciones simuladas entre el trabajador y el verdadero patrón, o incluso con falsas fórmulas de autoempleo o de asociaciones, en las que el trabajador aparentemente presta servicios por su cuenta, cuando en realidad lo hace por subordinación.”

Por otra parte, la dinámica de los grupos empresariales, y las necesidades jurídicas han impuesto la exigencia de contar con vehículos jurídicos que concentren en una sola entidad jurídica a los empleados necesarios para la operación de las diversas entidades de producción y servicios que formen parte del grupo, esquema que genera sinergias internas de organización, especialización, eficiencia y optimización de los recursos; a las que se las ha llamado “Insourcing” en extrapolación de las “Outsourcing” que ya hemos comentado.

Desde la discusión de la modificación de la LFT de 1970, la Tercerización fue un tema de análisis importante y la solución a la que llegó el legislador quedó plasmada en la LFT bajo la figura de la Intermediación, regulada por los artículos 12, 13, 14 y 15.

En este contexto, es que el mundo de derecho laboral se vio rebasado por una realidad, necesidad que el legislador pretendiera solucionar con las recientes reformas a la LFT reconociendo el Régimen de trabajo en Subcontratación.

3. CLASIFICACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN.

² SANCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo. *La subcontratación: Un Fenómeno Global*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. pp 166-167

3.1 CLASIFICACIÓN DOCTRINAL.

Derivado de lo anterior, identificamos algunos tipos de tercerización que serán de utilidad para el análisis objeto del presente estudio:

Por **la entidad** que lo presta:

- a. “Outsourcing”: Proveeduría de Servicios o Personal hecha por entidades ajenas a la empresa que recibe el servicio o al grupo al que ésta pertenece.
- b. “Insourcing”: Proveeduría de Servicios o Personal hecha por una entidad parte de la empresa o del grupo al que pertenece.

Por **el lugar** en el que se presta el servicio:

- a. En el centro de trabajo o las instalaciones de la empresa que recibe el servicio.
- b. Fuera de las instalaciones de la empresa que recibe el servicio.

Por **las actividades** que se desarrollan:

- a. Manufactura.
- b. Servicios (el término servicios puede ser tan extenso, que puede comprender desde servicios de limpieza, administrativos hasta servicios jurídicos, contables o tecnológicos, entre otros muchos).

Por **el tipo de trabajo** que prestan:

- a. Personal (proveeduría de personal).
- b. Productos (proveeduría de material).
- c. Servicios (proveeduría de servicios).
- d. Trabajos externos (maquila).

3.2 CLASIFICACIÓN PARA EL ANÁLISIS DE LA SUBCONTRATACIÓN.

3.2.1 Tercerización (“Outsourcing”).

Es cualquier operación, servicio o trabajo que se realice por un tercero y que contribuye directa o indirectamente al desarrollo de las actividades de la empresa, que se puede realizar dentro del centro de trabajo o bien fuera de éste.

3.2.2 Suministro de Personal.

Entendemos por suministro de personal una forma de Outsourcing mediante la cual un tercero provee de personal en forma identificada e individualizada para realizar ciertas actividades generalmente dentro del centro de trabajo e instalaciones de la empresa³.

3.2.3 Tercerización Interna (“Insourcing”).

Es la forma de organización interna mediante la cual un grupo de interés o grupo empresarial, ya sea con el control total o parcial, accionario, o con accionistas conjuntos, determinen organizar las distintas sociedades o actividades que desarrolla, mediante una o varias entidades que son las empresas patronas de los trabajadores, que les prestan servicios a las diversas empresas del grupo.

4. INTERMEDIACIÓN

La Intermediación se encuentra regulada en los artículos 12, 13, 14 y 15 de la LFT.

Podemos distinguir tres tipos de intermediación:

1. Pura
2. Genérica

³ Esta terminología se tomó de la tesis Tesis: I.9o.T.191 L. “DESPIDO INJUSTIFICADO. SI EL PATRÓN SE EXCEPCIONA MANIFESTANDO QUE NO EXISTE RELACIÓN LABORAL CON ÉL, SINO UN CONTRATO CIVIL DE SUMINISTRO POR VIRTUD DEL CUAL UN TERCERO LE PROPORCIONA TRABAJADORES Y LO LIBERA DE CUALQUIER OBLIGACIÓN DE CARÁCTER LABORAL EN RELACIÓN CON AQUÉL, DICHA EXCEPCIÓN RESULTA IMPROCEDENTE. Si en un conflicto de trabajo se alega despido injustificado y el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con el trabajador, por existir un contrato de naturaleza civil de suministro de personal, por virtud del cual una tercera empresa suministra trabajadores al beneficiario a cambio de una determinada cantidad por los servicios prestados, y aquélla lo libera de cualquier obligación de carácter laboral en relación con el trabajador "suministrado", dicha excepción resulta improcedente, porque los extremos en que se apoya contravienen un principio esencial del derecho social contenido en el artículo 3o. de la legislación laboral, consistente en que "el trabajo no es artículo de comercio", así como las demás disposiciones que garantizan los derechos mínimos de los trabajadores contempladas en él, que son de orden público y deben observarse por todos los individuos en la Federación, ya que, por una parte, la empresa que suministra el personal a la beneficiaria no se constituye en intermediario laboral en términos de los artículos 12 a 15 de la Ley Federal del Trabajo, sino que en realidad utiliza el trabajo del personal que contratan las empresas beneficiarias como materia prima y, por otra, al relevar de todo compromiso laboral al verdadero patrón, pretende establecer nuevos actores en la relación entre el capital y el trabajo, como serían los "trabajadores suministrados" (que no gozan de todos los derechos que los demás trabajadores tienen en la empresa beneficiaria), convirtiéndose en patrones virtuales que por medio de contratos civiles se subrogan a los patrones en sus obligaciones laborales, lo cual está prohibido tanto por el apartado A del artículo 123 constitucional, como por su ley reglamentaria. NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 11589/2004. Keyla Castillo González. 12 de enero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Emilio González Santander. Secretario: José Roberto Córdova Becerril.”

3. Exclusiva o Principal.

La figura de la intermediación se entiende como aquella que se genera cuando una persona contrata o interviene en la contratación de otra u otras personas para que presten servicios a un patrón; en el entendido que en aquellos casos en que la persona que contrata cuente con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores será considerada patrón y no intermediario. Señalando también la responsabilidad solidaria de los beneficiarios del servicio en aquellos casos en los que el contratante no cuenta con elementos propios suficientes para dar cabal cumplimiento de las obligaciones adquiridas respecto de sus trabajadores.

Conforme a los artículos señalados podemos encontrar 3 distintos tipos de intermediación:

- a. Intermediación pura.- Se está en este supuesto cuando el Intermediario interviene poniendo en contacto al patrón y al trabajador, y se trata de un hecho particular, que una vez realizado, se extingue la Intermediación. Este sería el caso de los “Headhunters” y de las agencias de colocación.
- b. Intermediación genérica.- Nos encontramos en este supuesto cuando el Intermediario ejecuta las labores a favor de otro que se lo conoce como beneficiario. En caso de que cuente con bienes propios y suficientes, se le considerará patrón y en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas, esto es que primeramente deberá ser requerido el Intermediario y ante su incumplimiento, el beneficiario será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas por aquél. Por lo tanto el beneficiario es solidario y subsidiariamente responsable.
- c. Intermediación exclusiva o principal.- nos encontramos en este supuesto cuando una empresa no cuenta con elementos propios y suficientes, y desarrolla trabajos en forma exclusiva o principal para otra. En este caso el beneficiario es solidariamente responsable de las obligaciones derivadas de la relación de trabajo.

La LFT en su artículo 13 señala que serán considerados Patrones, y no intermediarios, las Empresas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios y suficientes, para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

De acuerdo con lo anterior, la obligación solidaria se da subsidiariamente y sólo en caso que:

1. La empresa patrona incumpla con sus obligaciones frente a los trabajadores

2. La empresa patrona no tenga elementos propios y suficientes para hacer frente a las obligaciones y
3. Los empleados le exijan el cumplimiento a la empresa beneficiaria de dichas obligaciones, ante el incumplimiento de la empresa patrona.

Relacionado con lo anterior nos permitimos transcribir los comentarios del Dr. Mario de la Cueva (quien participó en la formulación de la Ley) referentes al artículo 13 de la LFT que regula este aspecto transcrito anteriormente:

*“.. Del precepto transcrito se deducen las consecuencias siguientes: a) Las empresas que contraten una obra material para ejecutarla con elementos propios suficientes... en beneficio de una persona, serán los patronos de los trabajadores que utilicen en la construcción de la obra; b) El término empresa se utiliza con la significación que da el artículo 16, por lo tanto, debe ser una unidad económica para la producción de bienes o servicios; c) La norma conservó la solución de la Ley de 1931, según la cual debía tratarse de una empresa establecida, de una unidad en actividad, quiere decir, que hubiese estado actuando con anterioridad al momento en que va a intervenir en la construcción nueva; d) Las tres consideraciones anteriores y el propósito de la Ley nueva de evitar la violación de los derechos del trabajo, explican la exigencia de que la empresa cuente con elementos propios suficientes..; e) Si la empresa no dispone de esos elementos, lo cual resaltará en el momento en que se le exija el cumplimiento de las obligaciones que hubiese contraído, la consecuencia consistirá en **que, por no satisfacer los requisitos legales caerá en la categoría de intermediario**, lo que a su vez producirá la responsabilidad del beneficiario de la obra; f) No pasaremos por alto la observación que se presentó a la Comisión, consistente en que no se puede hacer responsable al beneficiario de las obligaciones contraídas por otro, observación a la que respondió la Comisión diciendo, primeramente, que la solución adoptada era la misma de la Ley de 1931, pues la única diferencia radicaba en que la Ley nueva había precisado el significado del término elementos propios, ya que no puede decirse que se cuente con elementos propios si no pueden cubrirse las obligaciones, a que están destinados, en segundo lugar, que las empresas beneficiarias podrían exigir de aquellas con las que contrataren que acreditaran que satisfacían los requisitos legales, y en tercer lugar, que si faltaban los requisitos legales, el llamado contratista, desde 1931, pasaba a la categoría de Intermediario.” El **Énfasis es nuestro***

De lo descrito anteriormente, podemos concluir que la LFT establece un esquema de responsabilidad solidaria para el beneficiario de los servicios prestados por los trabajadores de un tercero en aquellos casos que éste último no cumpla con sus obligaciones laborales y de seguridad social.

5. TERCERIZACIÓN EN LA LSS.

Conforme a la reforma de la LSS de fecha 9 de julio de 2009, se modificaron los artículos 15-A y 75 de la LSS mediante los cuales se “legalizó” el **suministro de personal** y se permitió la asignación de un registro patronal distinto para cada una de las clases de riesgo de trabajo.

Por lo que se emite la reforma con dos finalidades principales: (i) definir la responsabilidad de partes contratantes de los esquemas de “tercerización” y (ii) definir como deberán ser regulados los riesgos de trabajo en este tipo de servicios.

Conforme a dicha reforma, se adicionaron los párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo del artículo 15-A de la LSS y se modificó el artículo 75 de la misma Ley.

En términos del artículo 15-A de la LSS, habrá Intermediación laboral cuando el patrón (que la LSS llama EL PRESTADOR) pone a disposición de un beneficiario, trabajadores para que ejecuten los servicios o trabajos contratados, bajo la dirección del beneficiario y en las instalaciones que el beneficiario determine.

De este artículo, se desprenden cuatro elementos fundamentales para nuestro estudio:

- a. El concepto de “pone a disposición”;
- b. El de “bajo la dirección del beneficiario”;
- c. Y el de “en las instalaciones que el beneficiario determine”.
- d. Y la posibilidad de identificar a cada trabajador en lo individual a qué beneficiario está asignado.

El artículo 15-A de la LSS es consistente con el concepto de Intermediario de la LFT, ya que sólo en caso de incumplimiento del patrón es que el beneficiario es responsable de las obligaciones omitidas por el patrón para efectos del Seguro Social.

Cabe hacer mención que estos artículos fueron sujeto de análisis por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y en diversas resoluciones los declararon constitucionales⁴.

⁴ Registro 161 755

SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA.
Localización: [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Junio de 2011; Pág. 142. 1a./J. 47/2011 .
Registro No. 161 756

SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY RELATIVA NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD.
Localización: [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Junio de 2011; Pág. 141. 1a./J. 48/2011 .
3. Registro No. 162 923

BENEFICIARIOS DE TRABAJOS O SERVICIOS. EL ARTÍCULO 15 A DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, ADICIONADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 9 DE JULIO DE 2009, QUE LES ASIGNA LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA EN EL CUMPLIMIENTO DE DEBERES DE SEGURIDAD SOCIAL, ES CONSTITUCIONAL.
Localización: [J]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 652. 2a./J. 1/2011

4. Registro No. 162 924

Como se puede apreciar, estamos frente a un tipo de tercerización a la que hemos denominado Suministro de personal, donde en forma clara, una persona física o moral pone a disposición de otro trabajadores para que bajo la dirección y en las instalaciones que este determine, el trabajador preste el servicio.

Prueba de lo anterior es que el patrón (Intermediario) incorporará por cada uno de sus trabajadores, el nombre del beneficiario de los servicios o trabajos contratados en el sistema de cómputo autorizado por el Instituto

Otro elemento a considerar es que existe la obligación del Intermediario y del beneficiario de comunicar trimestralmente los contratos de “Suministro de personal” que hayan celebrado.

Los patrones y beneficiario deberán comunicar trimestralmente ante la Subdelegación correspondiente al domicilio del patrón o sujeto obligado, y del beneficiario respectivamente, dentro de los primeros quince días de los meses de enero, abril, julio y octubre, en relación con los contratos celebrados en el trimestre de que se trate

Los requisitos que debe contener el informe del Contrato de prestación de servicios entre empresas que se deberá dar al Instituto son:

- a) Nombre o denominación de las partes en el contrato: objeto social o clase de persona moral de que se trate; domicilio social, fiscal y, en su caso, convencional para efectos del contrato; número del Registro Federal de Contribuyentes y de Registro Patronal ante el IMSS; datos del acta constitutiva, tales como número de escritura pública, fecha, nombre del notario público que da fe de la misma, número de la notaría y ciudad a la que corresponde, sección, partida, volumen, foja o folio mercantil, en su caso, y fecha de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio;
- b) Nombre de los representantes legales de las partes que suscribieron el contrato.
- c) Objeto del contrato
- d) Periodo de vigencia del contrato de subcontratación
- e) Perfiles, puestos o categorías indicando en este caso si se trata de personal operativo, administrativo o profesional

BENEFICIARIOS DE TRABAJOS O SERVICIOS. EL ARTÍCULO 15-A DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, ADICIONADO POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 9 DE JULIO DE 2009, NO LOS PRIVA DE LOS MEDIOS LEGALES PARA COMBATIR LA DETERMINACIÓN QUE SOBRE LAS CUOTAS OBRERO PATRONALES REALICE EL IMSS.

Localización: [TA]; 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIII, Febrero de 2011; Pág. 1295. 2a. XV/2011.

5. Registro No. 162 987

SEGURO SOCIAL. LOS ARTÍCULOS 5-A Y 15-A, DE LA LEY RELATIVA, REFORMADOS Y ADICIONADOS, RESPECTIVAMENTE, POR DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 9 DE JULIO DE 2009, SON DE NATURALEZA AUTOAPLICATIVA, CON EXCEPCIÓN DE LOS PÁRRAFOS TERCERO Y CUARTO DEL SEGUNDO NUMERAL CITADO.

f) Número de trabajadores u otros sujetos de aseguramiento que se pondrán a disposición del beneficiario de los servicios o trabajos contratados.

Por su parte el beneficiario, deberá:

a) Comunicar trimestralmente ante la Subdelegación correspondiente domicilio, dentro de los primeros quince días de los meses de enero, abril, julio y octubre, en relación con los contratos celebrados en el trimestre (obligación artículo 15-A LSS)

b) El patrón incorporará por cada uno de sus trabajadores, el nombre del beneficiario de los servicios o trabajos contratados en el sistema de cómputo autorizado por el Instituto.

Es importante señalar que el contrato de características privada que celebran el Intermediario y el beneficiario es sujeto de información o- como lo denomina el artículo 15-A de comunicar- al IMSS la parte sustantiva de dicho contrato. Por lo que desde 2009, se ha transmutado una obligación de carácter privado en una obligación administrativa de comunicar al IMSS las características y objeto de los contratos celebrados con la precisión tal de poder identificar a cada uno de los trabajadores suministrados al beneficiario.

6. UNIDAD ECONÓMICA

Como parte del contexto de las reformas a la LFT del 1 de diciembre de 2012, es importante poner en contexto la nueva regulación laboral a la luz de la Jurisprudencia emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, bajo el rubro CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SI A TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR; y específicamente a fin de establecer si dicha Jurisprudencia subsiste o dejó de tener efectos a la luz de las nuevas disposiciones.

Para mejor comprensión nos permitimos desarrollar un análisis de dicha Jurisprudencia, sus antecedentes y consecuencias, así como el caso actual del planteamiento inicial que dio origen a dicha Jurisprudencia frente a la figura de la Subcontratación.

La tesis en comento, de fecha 17 de noviembre de 2011, es la Jurisprudencia no I.3o.T. J/28 (9a.) emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito bajo el rubro y contenido siguiente:

CONTRATO CIVIL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. SI A TRAVÉS DE ÉL UN TERCERO SE OBLIGA A SUMINISTRAR PERSONAL A UN PATRÓN REAL CON EL COMPROMISO DE RELEVARLO DE CUALQUIER

OBLIGACIÓN LABORAL, AMBAS EMPRESAS CONSTITUYEN LA UNIDAD ECONÓMICA A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO Y, POR ENDE, LAS DOS SON RESPONSABLES DE LA RELACIÓN LABORAL PARA CON EL TRABAJADOR.

Conforme al artículo 3o. de la Ley Federal del Trabajo, el trabajo no es artículo de comercio. Por otra parte, el numeral 16 de la citada legislación establece que la empresa, para efectos de las normas de trabajo, es la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios. En este contexto, cuando una empresa interviene como proveedora de la fuerza de trabajo a través de la celebración de un contrato civil de prestación de servicios profesionales, o de cualquier acto jurídico, y otra aporta la infraestructura y el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el mencionado artículo 16; de ahí que para efectos de esta materia constituyen una empresa y, por ende, son responsables de la relación laboral para con el trabajador.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5183/2006. International Target, S.C. y otro. 27 de abril de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Alma Ruby Villarreal Reyes.

Amparo directo 16803/2006. Martín Silva Rodríguez. 10 de noviembre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Rodríguez Cruz. Secretario: Sergio Javier Molina Martínez.

Amparo directo 3/2007. Pablo Alejandro Montero Ampudia. 31 de enero de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretario: Pedro Cruz Ramírez.

Amparo directo 1394/2010. Juan Benítez Pérez. 17 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Tarsicio Aguilera Troncoso. Secretaria: María Guadalupe León Burguete.

Amparo directo 792/2011. Erika Yareth Hernández Gama. 17 de noviembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Héctor Arturo Mercado López. Secretaria: Yara Isabel Gómez Briseño.

Es importante el Estudio de las Ejecutorias de los Amparos Directos 1394/2010 y 792/2011, que conforman dos de los cinco precedentes que dieron origen a la Jurisprudencia en comentario

El Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito emitió la Jurisprudencia arriba señalada, en el que podemos ubicar tres temas importantes para nuestro estudio:

1. La Nulidad del Contrato de Prestación de Servicios entre dos empresas: en razón que la base de dicho servicio es el comercio del trabajo;
2. La existencia de la Unidad Económica conformada por la dos empresas: vinculadas en virtud del Contrato de Prestación de Servicios;
3. La determinación que las dos empresas son responsables de la relación laboral.

En el Amparo directo 1394/2010 promovido por Juan Benítez Perez, el asunto fue el siguiente:

- a. El trabajador demandó por despido al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y a una empresa de vigilancia.
- b. El actor se desistió de la demanda en contra de la empresa de vigilancia
- c. El IMSS contestó la demanda, negando la relación laboral y señaló que el patrón es la empresa de vigilancia.
- d. El IMSS para probar su defensa presentó un Contrato Civil de prestación de servicios de vigilancia firmado con dicha Empresa.

Entre los puntos relevantes del contrato celebrado entre el IMSS y la empresa de vigilancia, se encuentran las siguientes Cláusulas:

DECLARACIONES en su numeral II. “La Empresa” declaró: “que su representada tiene por objeto entre otras, la prestación del Servicio de Vigilancia y que cuenta para tal fin, con el personal, equipo, capacitación técnica, financiera y administrativa suficiente, por lo que propone a “El Instituto”, el suministro de los servicios motivo de este contrato.”

Declaración II. 1. “La Empresa” declaró: “Que es una sociedad mercantil, debidamente constituida conforme a las leyes de la República Mexicana...”

CLAUSULA PRIMERA. El objeto del contrato fue establecido en la cláusula primera, que señala: “Primera: Objeto del Servicio.- “La Empresa” se obliga a proporcionar a “El Instituto” el Servicio de Vigilancia en forma continua y permanente, durante la vigencia del presente contrato abierto con el número de turnos contratados, así como todos los implementos y recursos necesarios tales como vehículos para supervisión, radios de telecomunicación, así como el equipo necesario y la ubicación precisa en las unidades que conforman la Delegación Estado de México Poniente, de conformidad con las unidades médicas y administrativas que conforman esta Delegación enlistadas en el Anexo 1 de este contrato, a fin de garantizar el orden y salvaguardar los inmuebles del Instituto y sus instalaciones.

CLAUSULA DÉCIMO SEGUNDA. Queda expresamente establecido : “el “Instituto” será ajeno a los conflictos que se deriven de las relaciones obrero patronales entre “La Empresa” y el personal que emplee para cumplir con las obligaciones que contrae en virtud de este contrato, por lo que “La Empresa” queda en su caso obligada a resarcir a “El Instituto” cualquier erogación que llegare a efectuar por tal concepto y no se considerará a “El Instituto” patrón sustituto ni solidario” en consecuencia no se acredita dicha figura laboral.”

En adición, y en seguimiento al análisis de los dos casos que comprenden antecedentes de la Jurisprudencia objeto de estudio, en el Amparo directo 792/2011 promovido por Erika Yareth Hernández Gama, el asunto fue el siguiente:

1. La trabajadora demandó por despido a Compañía Mexicana de Aviación, S.A. DE C.V. y a GLOBAL STAFF, S.A. DE C.V. (Global Staff).
2. Global Staff contestó la demanda aceptando la relación laboral y negando la procedencia de las reclamaciones, manifestando que la actora prestó sus servicios en el domicilio de Global Staff y no en el de Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V.
3. Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. al dar contestación a la demanda, negó la existencia de la relación laboral, y adujo que la actora fue “comisionada” para desempeñarse en el local de su empresa, por Global Staff, S.A. de C.V. con quien tiene celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales, mismo que exhibió en juicio.

Entre los puntos relevantes del contrato celebrado entre Global Staff, S.A. de C.V. y la empresa Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V., se encuentran las siguientes Cláusulas:

CLÁUSULA PRIMERA. Se establece que Global Staff, S.A. de C.V., se obliga a proporcionarle los servicios del personal que temporalmente requiera con el objeto de satisfacer sus necesidades.

CLÁUSULA QUINTA. Las partes acordaron con fundamento en los artículos 2607 y 2608 del Código Civil para el Distrito Federal, que Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V. pagará a Global Staff, S.A. de C.V., por concepto de honorarios, la cantidad que resulte de los cálculos realizados por la primera de las nombradas mensualmente, derivados de la prestación de los servicios objeto de este contrato.

CLÁUSULA SEXTA. Se establece expresamente que los empleados que Global Staff, S.A. de C.V., le envíe o comisione a Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V., se encuentran subordinados laboralmente a dicha empresa, estableciéndose en forma clara que Global Staff, S.A. de C.V., es la titular de los derechos y obligaciones que le competen en su carácter de patrón, asumiendo las responsabilidades laborales, fiscales, de seguridad social y todas aquellas inherentes y derivadas de su relación laboral y que en el segundo párrafo de la cláusula décima se compromete a sacar a Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V., en paz y a salvo de cualquier controversia que se suscite con motivo del contrato, por lo que hace al personal que Global Staff, S.A. de C.V. le asignara.

De los anteriores antecedentes se desprende:

1. La Nulidad del Contrato de Prestación de Servicios entre dos empresas: en razón que la base de dicho servicio es el comercio del trabajo:

En esencia el Tribunal Colegiado nulifica el contrato de Prestación de Servicios Profesionales, bajo la premisa que se comercializa con la fuerza de trabajo y el trabajo no puede ser objeto de comercio, basando dicho argumento en el artículo 3º de Ley Federal del Trabajo que establece:

“Artículo 3o. El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

No podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social.

Asimismo, es de interés social promover y vigilar la capacitación y el adiestramiento de los trabajadores.

Se conforma una unidad económica cuando una persona sea proveedora de la fuerza de trabajo de personal y el otra aporta la infraestructura o el capital para lograr el bien o servicio producido donde recibe”⁵

2. La existencia de la Unidad Económica conformada por las dos empresas: vinculadas en virtud del Contrato de Prestación de Servicios

Derivado de los razonamientos hechos por los Tribunales colegiados (en los Amparos Directos arriba resumidos), el Tribunal Colegiado concluye en el Juicio de Amparo 1394/2010 que:

Luego, si una empresa interviene como proveedora, entre otros aspectos, de la fuerza de trabajo y otra aporta la infraestructura o el capital para lograr el bien o servicio producido – donde recibe el beneficio directo del trabajador-, debe entenderse que ambas constituyen una unidad económica, con relación de matriz a sucursal o agencias y, por ende, son responsables de la relación laboral respecto del operario.

En este mismo sentido, la Ejecutoria de Amparo directo 792/2011 señala:

En este sentido, como en la especie, Global Staff, S.A. de C.V., interviene como proveedora de la fuerza de trabajo y Compañía Mexicana de Aviación, S.A. de C.V., aporta el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el ordinal 16 en mención, de ahí que, para efectos de esta materia, constituyen una empresa y, por ende, contrariamente a lo que resolvió la Junta, ambas demandadas son responsables de la relación laboral para con el trabajador y, por ende, de las condenas decretadas en el laudo.

3. La determinación que las dos empresas son responsables de la relación laboral:

⁵ La Jurisprudencia revisada hace referencia al artículo 3 antes de la reforma a la LFT del 1 de diciembre de 2012.

Para efectos de lo anterior, los Tribunales Colegiados fundamentan su razonamiento en el artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo que establece:

“Artículo 16. Para los efectos de las normas de trabajo, se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios y por establecimiento la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa.”

El Tribunal Colegiado en el Juicio de Amparo 1394/2010 concluye que:

Teniendo como base esos razonamientos, se retoma el hecho de que si en la celebración de un contrato de la naturaleza de la que habla la tesis reproducida, una empresa interviene como proveedora, entre otros aspectos, de la fuerza de trabajo y aporta la infraestructura o el capital para lograr el bien o el fin del servicio producido de otra empresa u organismo – que finalmente es la o el que recibe el beneficio directo del trabajador–, debe entenderse que ambas constituyen una unidad económica, y, por ende, ambas son responsables de la relación laboral respecto del operario.

En este mismo sentido, la Ejecutoria de Amparo directo 792/2011 señala:

En este contexto, cuando una empresa interviene como proveedora de la fuerza de trabajo y otra aporta el capital, lográndose entre ambas el bien o servicio producido, cumplen con el objeto social de la unidad económica a que se refiere el ordinal 16 en mención, de ahí que para efectos de esta materia constituyen una empresa y, por ende, son responsables de la relación laboral para con el trabajador.

Derivado de lo anterior, de acuerdo a lo mencionado en la citada jurisprudencia, se determina la responsabilidad de las dos empresas de la relación laboral para con el trabajador.

Cabe hacer mención que bajo el concepto de unidad económica [la jurisprudencia] hace a un lado los artículos 13 y 14 de la LFT relativa a la intermediación, así como los diversos artículos de la LSS. Bajo dichos numerales para que la empresa beneficiaria fuera responsable, será necesario que el patrón incumpliera con las obligaciones a su cargo.

Bajo el concepto arriba apuntado, la Jurisprudencia objeto de estudio desestima el concepto de subsidiariedad e incluso de solidaridad establecida en la LFT y determina que existe una relación laboral tanto de la empresa proveedora como de la empresa beneficiaria.

Si bien el tema de la responsabilidad laboral solidaria, ya sea bajo este nuevo concepto de la unidad económica o el hecho incluso de que dos sociedades: una prestadora de servicios y otra beneficiaria de servicios, se erigieren como empresa, también es fundamental determinar si este nuevo concepto

de responsabilidad laboral, que como ya mismo es distinta de la que establecen los artículos 13 y 14 de la LFT, puede llegarse a considerar como patrón y no como simplemente responsable laboral.

Reiteramos que en términos de lo establecido en la LFT, mientras no sé de ningún incumplimiento de las obligaciones patronales y se esté en la figura de Intermediación o de Subcontratación, no surgirá ninguna responsabilidad solidaria o el que se le considere patrón al contratante o beneficiario, pues en cada caso, seguirán siendo patrón Contratista o Intermediario y la empresa de servicios será patrón y no Intermediario.

Como se puede apreciar, de los antecedentes expuestos, conforme a la adición de los artículos 15-A, 15-B , 15-C y 15-D de la LFT, en el caso del expediente 1394/2010 estaríamos en el caso de una Subcontratación especializada que entraría bajo los términos de la legislación actual. Y en el caso del expediente 792/2011 se estaría al caso de suministro de personal de conformidad al artículo 15-A de la LSS y la Subcontratación concurrente en el caso de la Subcontratación de acuerdo a la multicitada reforma a la LFT del 1 de diciembre de 2012.

En nuestra opinión, bajo la legislación actual en los dos casos, se estaría en los supuestos de que el contrato de prestación de servicios que el Tribunal Colegiado de Circuito declaró nulo, se estaría en los supuestos de un contrato de Subcontratación a los que se refiere la adición que entró en vigor el 1 de diciembre de 2012, por lo que consideramos que al haber quedado regulada los contratos de subcontratación, aun cuando se les denominara contrato de prestación de servicios profesionales no podrían ser nulos ya que la propia legislación está reconociendo su existencia y los establece como un elemento esencial para la legalidad de la Subcontratación.

Por lo anterior, consideramos que la Jurisprudencia en comento, ha quedado sin efecto al regularse la figura de la Subcontratación expresamente en la LFT por lo que se reconoce la legalidad y validez de este tipo de contratos.

7. SUBCONTRATACIÓN EN LA LFT

De acuerdo a las reformas que entraron en vigor el 1 de diciembre de 2012, se crea una figura que la LFT denomina Subcontratación, y que tiene diversos elementos formales y de validez, figura que surge en adición al concepto de intermediación ya previamente existente, y sin que se modifiquen o se cambien los conceptos de patrón, relación de trabajo y trabajador.

A efecto de poder determinar la naturaleza y alcance de la figura de subcontratación se hace necesario repasar los siguientes conceptos de A) Relación de Trabajo; B) Patrón y C) Intermediario, contemplados en la LFT.

A) RELACIÓN DE TRABAJO

La LFT vigente establece en el Artículo 20, los elementos indispensables para la existencia de una relación de trabajo:

*“Artículo 20. Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le de origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.
...”*

1. El servicio debe de ser prestado en forma personal.
2. El servicio debe ser prestado de manera subordinada.
3. El servicio debe ser remunerado.

B) PATRÓN.

La LFT en su Artículo 10 define al Patrón como:

“Artículo 10. Patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

C) INTERMEDIACIÓN.- Para efecto de omitir repeticiones innecesarias, nos remitimos a lo ya señalado en el punto 5 del presente análisis.

7.1 CONCEPTO SUBCONTRATACIÓN

Se estará en presencia de la figura de Subcontratación cuando un patrón (Subcontratista) ejecute obras o servicios en favor de un tercero (Contratante), utilizando a trabajadores bajo su dependencia. El Contratante supervisará el desarrollo de los servicios del Subcontratista o la ejecución de las obras contratadas.

ELEMENTOS FORMALES DE LA SUBCONTRATACIÓN

1. El contratante deberá tener trabajadores a su servicio
2. El contrato de subcontratación debe constar por escrito
3. El contrato deberá fijar las tareas del subcontratista.
4. Debe abarcar un número **parcial** de trabajadores.
5. Debe referirse a trabajos **especializados**.
6. El trabajo deberá darse en forma **No concurrente**. Esto es no deben de desarrollarse iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores.

CARACTERÍSTICAS DE LAS PARTES:

CONTRATISTA:

1. Es patrón de los trabajadores que ejecutan obras o prestan servicios.
2. Puede ser persona física o moral.-
3. Utiliza los servicios de sus trabajadores.
4. Ejecuta las obras o llevar a cabo los servicios.
5. Tiene todas las obligaciones de un patrón a que se refiere el artículo 132 de la LFT, así como las prohibiciones establecidas en el artículo 133 de dicha ley.
6. Los trabajadores que ejecutan obras o prestan sus servicios están bajo su dependencia, entendiéndose por dependencia, el pago del salario del trabajador de acuerdo con el artículo 20 de la LFT.

CONTRATANTE:

1. La ejecución de las obras o los servicios son a su favor
2. Fija tareas al subcontratista.
3. Supervisa la ejecución de las obras o el desarrollo de los servicios.

OBLIGACIONES DEL CONTRATANTE

- a) La Empresa (sic), contratante deberá cerciorarse que el subcontratista cuenta con los documentos necesarios para cumplir sus obligaciones (artículo 15 C, LFT)
- b) La Empresa contratante deberá cerciorarse de que el subcontratista cuenta con los elementos propios y suficientes para cumplir con sus obligaciones.(artículo 15 C, LFT)
- c) La Empresa contratante deberá cerciorarse permanentemente de que la empresa subcontratista cumpla con las disposiciones de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo. (artículo 15 C, LFT)

OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

- a) Contar con los documentos necesarios para cumplir con sus obligaciones.
- b) Contar con elementos propios y suficientes para cumplir con sus obligaciones para con sus trabajadores.
- c) Cumplir permanente mente con las disposiciones de Seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo

ANÁLISIS DE LA FIGURA

El análisis de esta figura, además de la complicación misma de entender una nueva figura dentro de la LFT, se complica en razón de las ambigüedades y distintas connotaciones que le da en el propio artículo a la misma figura, a guisa de ejemplo, en se le llama “empresa contratante” (artículo 15 B)

al propio contratante sin poderse determinar si se está refiriendo al concepto de empresa a que se refiere el artículo 16 de la LFT o a que necesariamente el contratante debe ser empresa, lo cual está en contradicción con el párrafo anterior que permite que el contratante sea una persona física o moral, si es que el concepto empresa se refiriera o se asimilara al de persona moral. En este mismo sentido, dentro del inciso a) del artículo 15 A, limita las actividades similares se limitan al centro de trabajo cuando las tareas iguales o similares se refieren en general al servicio del contratante y no necesariamente al centro de trabajo.

Resulta fundamental detenerse en los conceptos y reglas incorporadas en la LFT para la figura de la Subcontratación, pues estas adiciones impactan directamente la noción de la relación de trabajo como la conocíamos, así como los conceptos de trabajador, patrón, empresa e intermediario.

Ya comentamos que se estará en presencia de la figura de Subcontratación cuando un patrón (Subcontratista) ejecute obras o servicios en favor de un tercero (Contratante), utilizando a trabajadores bajo su dependencia. Para este análisis es importante el definir el alcance de ciertas palabras clave,

*“Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo **su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.***

Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

*a) No podrá abarcar **la totalidad** de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.*

*b) Deberá justificarse por su carácter **especializado**.*

*c) No podrá comprender **tareas iguales o similares** a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.*

*De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante **se considerará patrón** para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.*

(Lo resaltado en Negritas, con la finalidad de identificar aquellas secciones fundamentales en el análisis objeto del presente estudio)

De acuerdo a lo apuntado, a continuación haremos el análisis de la connotación de cada una de las palabras de la figura que hemos identificado como claves para desentrañar y para acercarnos al entendimiento de la figura:

Bajo su dependencia.- La palabra “dependencia” resulta desafortunada por tener un sentido polivalente que puede entenderse como subordinación o dependencia económica tan es así, que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define “depender” como: 1. estar subordinado a una autoridad o jurisdicción y ...4. Vivir de la protección de alguien o estar atendido a un recurso solo. Léxico que resulta desafortunado pues da la origina la con fusión de que el trabajador depende del contratista en un sentido económico pero también la dependencia es en un sentido jurídico de subordinación lo cual conlleva a una grave confusión de si el trabajador está subordinado al contratista o al contratante para efectos de determinar el concepto de subordinación en términos de la facultad de ordenar de acuerdo a la connotación fundamental de la relación de trabajo. En nuestro concepto la palabra dependencia debe estar utilizado bajo un concepto económico y debe referirse al pago del salario.

A favor.- El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (**RAE**) define “en favor” como “2. En beneficio y utilidad de alguien o de algo”. En este contexto el beneficiario de las obras o servicios es precisamente el contratista que es la persona en favor de quien se realizan los trabajos ya sean obras o servicios.

Cabe destacar que si bien en la definición de la figura de subcontratación no se habla de beneficiario como puede apreciarse, la connotación “a favor” (que debió haberse utilizado como “en favor”) tiene la misma connotación que el de “beneficiario” a que hace referencia la figura de intermediación,

De aquí que el concepto “a favor” que utiliza la definición de la figura de **subcontratación** y el beneficiario como lo define la LFT al intermediario parecería no estar muy lejana en tener la misma concepción.

Supervisar.- El Contratante supervisará el desarrollo de los servicios del Subcontratista o la ejecución de las obras contratadas. Supervisar de acuerdo a RAE, es “1. Ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros”.

El concepto de supervisión conlleva el concepto de subordinación la cual es fundamental a fin de desentrañar esta figura.

Fija tareas.- El contratante es quien fija las tareas al trabajador, por lo que la persona que fija las tareas es quien tiene claramente la facultad de ordenar y bajo quien se encuentra la subordinación en la realización de dichas tareas. De nuevo entendemos que fijar tareas está dentro de un concepto de subordinación que como ya dijimos es fundamental para entender esta figura.

La totalidad (Parcial).-Entendemos que al no poder comprender la totalidad de los trabajadores para mejor comprensión, una de las características de la subcontratación es que debe ser parcial, de ahí que entendemos que solo puede comprender una parte de los trabajadores al servicio del contratante. Es importante señalar que la figura presupone la existencia de trabajadores al servicio del contratante como una premisa para la existencia de esta figura.

También se desprende que no puede existir un solo subcontratista que abarque todas las actividades.

Como ya dijimos, la existencia de la subcontratación presupone que el contratante tiene a su vez trabajadores a su servicio, esta conclusión la tomamos del inciso a), del artículo 15-A, que determina la parcialidad de los servicios y del artículo 15-D que no permite la transferencia de trabajadores para disminuir las prestaciones. También el tema de que las actividades sean iguales o similares desarrollada con el inciso c) del artículo 15-A, presupone que tiene trabajadores.

Especializado.- Las funciones subcontratadas deberán ser especializadas, es decir que exista una función o trabajo identificable o identificado, y una especialización por la materia que desempeñan, esto es que queden subcontratados trabajos específicos, como pueden ser la seguridad de una Empresa o quien haga labores de limpieza o mantenimiento. Sin que dicho artículo de ninguna referencia a cuales pueden ser o deban ser los límites de la especialización.

Tareas iguales o similares (No concurrente).- Los servicios subcontratados no deberán comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores del Contratante.

Esto es que los trabajos de un área, una especialidad u oficio deberán ser desempeñados bajo la dependencia del contratante y estar subcontratados por ser una tarea especializada, pero no deben concurrir trabajadores de uno y otro en el centro de trabajo.

Al igual que en el caso de la especialización no se establece con claridad, que tipo de tareas o con que igualdad o similitud deba ser el parámetro de las actividades, parecería ser en principio que el legislador pretendió acotar en forma importante el concepto de **suministro de personal** al que ya hemos hecho referencia aun cuando la LSS, claramente lo permite y lo regula.

Como señalamos el concepto de subordinación resulta fundamental para determinar bajo la jerarquía de quien se encuentra el trabajador, o si bien nos encontramos bajo una nueva concepción de la relación de trabajo, donde tanto el contratante como el contratista confluyen en la configuración de la relación laboral.

Es importante señalar que la relación de trabajo es única y unitaria, ya que se trata de una sola relación jurídica y no se puede establecer dos relaciones jurídicas diversas entre trabajador y contratista y otra entre trabajador y contratante, por el mismo servicio o trabajo.

Del análisis hecho con anterioridad entramos al estudio del concepto:

Subordinación

Como ya señalamos se estará en presencia de la figura de Subcontratación cuando un patrón (Subcontratista) ejecute obras o servicios en favor de un tercero (Contratante), utilizando a trabajadores bajo su dependencia.

El Contratante supervisará el desarrollo de los servicios del Subcontratista o la ejecución de las obras contratadas

Vale la pena analizar el concepto de trabajador y patrón, pues derivado de la forma en que la figura de la Subcontratación hoy se presenta, pareciera que se ha diversificado y atribuido ciertas características y atributos a los conceptos tradicionales.

En efecto, frente al concepto de Subcontratación, el concepto de subordinación, patrón y trabajador se ven rebasados e impiden una interpretación clara de la actual legislación para poder definir de manera inequívoca las consecuencias de la responsabilidad laboral patronal.

El artículo 8° de la LFT define al trabajador como la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado. La Jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha complementado dicho concepto 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 jurisprudenciales han señalado que la subordinación es (i) la facultad del patrón de señalar cómo han de realizarse los trabajos, lo que han definido como el poder jurídico de mando y (ii) la correspondiente obligación del trabajador de acatar y obedecer las órdenes e instrucciones del patrón.

SUBORDINACIÓN, CONCEPTO DE. Subordinación significa, por parte del patrón, un poder jurídico de mando, correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio; esto tiene su apoyo en el artículo 134, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante, a cuya autoridad estará subordinado quien presta el servicio, en todo lo concerniente al trabajo.

SUBORDINACIÓN. ELEMENTO ESENCIAL DE LA RELACIÓN DE TRABAJO.

La sola circunstancia de que un profesional preste servicios a un patrón y reciba una remuneración por ello, no entraña necesariamente que entre ambos exista una relación laboral, pues para que surja ese vínculo es necesaria la existencia de subordinación, que es el elemento que distingue al contrato laboral de otros contratos de prestación de servicios profesionales, es decir, que exista por parte del patrón un poder jurídico de mando correlativo a un deber de obediencia por parte de quien presta el servicio, de acuerdo con el

artículo 134, fracción III de la Ley Federal del Trabajo, que obliga a desempeñar el servicio bajo la dirección del patrón o de su representante a cuya autoridad estará subordinado el trabajador en todo lo concerniente al trabajo.

Las facultades de dirigir, ordenar y administrar se realizan normalmente por los representantes del patrón, y de esta forma lo definen los artículo 11 y 9 de la LFT.

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

Artículo 9o.- La categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se dé al puesto. Son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento.”

Sin embargo, estos conceptos siempre partieron de la premisa de una situación dual en la cual intervenían dos actores, patrón y trabajador. Pero la figura de la Subcontratación ha venido a distorsionar esta premisa de varias maneras, ya que incorpora nuevos actores en la relación laboral así como nuevas maneras de ejercer la subordinación incluyendo nuevas maneras de manifestar la facultad de ordenar y la de realizar el trabajo a través de la supervisión del Contratante de las obras y servicios que ejecuta un trabajador bajo la dependencia de un patrón Subcontratista.

Y es aquí cuando entramos al cuestionamiento del concepto de patrón bajo la figura de Subcontratación. El artículo 10 de la LFT define como patrón a la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

Un concepto legal que históricamente se había aceptado sin mayor cuestionamiento, hoy en día obliga a su relectura y acarrea varios cuestionamientos y dudas sobre su alcance, derivados de la figura de Subcontratación, toda vez que parece no abarcar a otros actores (el Subcontratista) involucrados.

En efecto, tanto el concepto de trabajador como la figura de patrón aparece difusa, confusa y hasta podríamos decir “multiplicada” ya que el artículo 15-A de la LFT le da al Contratante atribuciones y calidades (supervisar los trabajos) que de manera tradicional correspondían al patrón como una sola persona, física o moral, y hoy se “diluyen” y reparten entre el Contratante y Subcontratista.

Como lo señalamos y derivado de la regulación particular que dio lugar la Subcontratación, es que pareciera que la relación de trabajo como la conocemos, así como sus elementos de subordinación se ha bifurcado.

Recordemos que la relación laboral se establece por 3 elementos fundamentales:

1. La prestación de un servicio
2. La Subordinación
3. Pago del salario.

De acuerdo con la definición planteada en el presente estudio, el subcontratista es patrón y quien recibe el trabajo, el contratante, paga el salario; sin embargo la subordinación parecería que, o bien la realiza el contratante o el subcontratista permite que este elemento lo ejerza el contratante. De ahí que el subcontratista no recibe el trabajo, y sin embargo paga el salario, mientras que el contratante se beneficia de los servicios o de la ejecución de las obras y tiene la facultad de mando, con lo cual el trabajador se encuentra a él subordinado.

El contratante puede fijar las tareas y supervisar, lo que conlleva la facultad de mando que determina el elemento substancial de la subordinación. De ahí que nos encontremos con una figura donde el subcontratista paga y el contratante se beneficia de los servicios y además ordena y supervisa los trabajos.

La reforma a la LFT introduce el concepto de la Subcontratación modificando la concepción que hasta ahora se tenía de la relación laboral, otorgando el carácter de patrones- de no cumplirse con todos los requisitos de la subcontratación- a aquellas personas que de manera conjunta cumplan con los dos elementos fundamentales de una relación laboral desde el punto de vista del que recibe el servicio: el pago del salario y el poder de mando o subordinación sobre los trabajadores que los prestan.

Al presentarse esta dualidad en la figura de patrón respecto de un mismo individuo trabajador, no importando quien paga, sino el que manda o paga a través del subcontratista nos encontramos ante la que hemos llamado bifurcación de la relación de trabajo.

8. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LA REFORMA DE ACUERDO A LOS DIVERSOS TIPOS DE TERCERIZACIÓN

8.1 OUTSOURCING PROVEEDURÍA DE SERVICIOS O PERSONAL

En aquellos casos donde una empresa reciba de un tercero servicios o personal colocándose en el supuesto de trabajo en régimen de subcontratación, para que esta subcontratación sea válida es necesario que se cumplan con todos y cada una de las condiciones señaladas en el artículo 15-A de la LFT, y que se transcriben a continuación:

“...

*a) No podrá abarcar **la totalidad** de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.*

*b) Deberá justificarse por su carácter **especializado**.*

c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.”

De no cumplirse con las condiciones establecidas en el 15-A de la LFT, el último párrafo de dicho artículo establece que el contratante será considerado patrón de los empleados del subcontratista.

El supuesto sobre el cual se plantea este análisis es que los trabajadores del Subcontratista gozan de los beneficios de seguridad social que establece la ley (Afiliados al IMSS), se cumple con las prestaciones laborales obligatorias, sin embargo tienen un salario y/o prestaciones más bajos o diferenciados de aquellos que reciben los trabajadores al servicio de contratante.

Con base en la premisa señalada en el párrafo anterior, señalamos los efectos y contingencias aplicables:

1. Diferencias en salarios y Prestaciones.- El contratante puede ser responsable del pago de las diferencias existentes en salario y prestaciones entre los trabajadores del contratista respecto de los propios. Lo cual se sintetiza en lo siguiente:
 - 1.1. Pago del salario en los mismos términos que los trabajadores del contratante.
 - 1.2. Pago de las prestaciones en los mismos términos que los trabajadores del contratante
2. Indemnizaciones.- Que en caso de ser condenados al pago de una Indemnización esta deba ser calculada con base en el salario y prestaciones aplicables a los trabajadores del contratante.
3. Pago del PTU.- En el caso de que el contratante sea considerado patrón, en razón de que el contrato de subcontratación no cumpla con las condiciones señaladas en el artículo 15-A, tendrá por efecto que los trabajadores del contratista, al ser considerados trabajadores del contratante, tendrían también derecho a participaren el pago del reparto de utilidades que le corresponda por el tiempo en que prestaron servicios al contratista en beneficio del contratante.

Lo anterior, da en la práctica una serie de complicaciones tanto jurídicas como de hecho para su cumplimiento; ya que si la declaración de invalidez de la figura o del contrato de subcontratación es posterior a la fecha en la que se hizo el pago del reparto de utilidades a los

trabajadores derechosos de ese PTU, en función de la fórmula que está diseñada el pago de este beneficio, se tendría que rehacer un cálculo específico involucrando al trabajador/es del subcontratista para llevarlo a cabo, con lesión de lo ya pagado al resto de los trabajadores.

Incluso, antes de poder llegar a determinar el pago se necesitaría rehacer el proceso del reparto de utilidades convocando de nueva cuenta a la Comisión para el Reparto de Utilidades del año que corresponda, incluyéndose a los trabajadores subcontratados y re determinándose el pago que le pudiera corresponder a cada uno de los trabajadores propios y de aquellos del contratista.

Lo cierto es que el legislador, no tuvo cuidado al establecer el proceso que debería de seguirse en estos casos y ni siquiera se visualizó esta consecuencia al establecer de “considerar” patrón al contratante.

En contraposición a lo que sucede en salarios y prestaciones donde las diferencias salariales y de prestaciones pudieran ser fácilmente determinadas, en el caso del PTU, tiene una solución verdaderamente complicada.

Cabe hacer mención que estas consecuencias se dan caso por caso y no en forma general, ya que dependerá también en la forma en que el trabajador del contratista plantee su demanda, ya que es un concepto que tendría que ser reclamado de manera expresa por dicho trabajador y que la resolución que emita la Junta de Conciliación y Arbitraje, condene expresamente al contratante al pago del PTU que se hubiera generado por un tiempo determinado en el que el trabajador de la contratista presto servicios para la contratante.

4. Cuotas y aportaciones obrero-patronales.- Que las autoridades de seguridad social (IMSS, INFONAVIT y SAR), determinen una omisión o el pago de diferencias de las cuotas correspondientes derivado de un salario y prestaciones inferiores respecto de aquellas que reciben los trabajadores de la contratante.
5. Capitales Constitutivos.-También existe la posibilidad que en caso de que un trabajador del contratista sufra un riesgo de trabajo, que el IMSS finque capitales constitutivos en virtud de las diferencias de salario base de cotización que pudieran existir. Asimismo, se pudieran fincar capitales constitutivos en virtud de alguna diferencia en la prima con la que se hubiera declarado el grado de riesgo en el centro de trabajo donde el trabajador prestara sus servicios.
6. La imposición de multas por la Secretaria del Trabajo y Previsión Social, derivadas del incumplimiento de las disposiciones relacionadas con el trabajo en régimen de subcontratación.

8.2 INSOURCING

Por otra parte resulta fundamental el analizar si el trabajo organizado mediante “Insourcing” se encuentra dentro de los supuestos de **subcontratación**.

Por “Insourcing”, como dijimos, entendemos la forma mediante la cual un grupo de interés o grupo empresarial, ya sea con el control total o parcial, accionario, o con accionistas conjuntos, determinen organizar las distintas sociedades o actividades que desarrolla.

En este tenor, es común encontrar, como una forma de organización empresarial el que la totalidad del personal de un grupo empresarial se encuentre concentrado en una sociedad mercantil, ya sea esta una Sociedad Anónima o de Responsabilidad limitada.

Lo es también factible que la asignación de este personal se encuentre dividida de acuerdo al tipo de personal ya sea de confianza o sindicalizado, o incluso por razones de prestaciones o de sindicatos que detenten los distintos contratos colectivos de trabajo.

Para efectos de este estudio las denominaremos “Insourcing”, en contraposición de aquellas donde el personal se encuentra tercerizado o empresas de suministro de personal o de empresas especializadas a las que denominaremos con el genérico de “Outsourcing” o en lo particular como empresas de suministro de personal, empresas proveedoras de servicios especializados.

Como más adelante explicaremos, en nuestra opinión en este esquema no se estaría ante el supuesto de **subcontratación**.

La **subcontratación** se da mediante un contrato escrito mediante el cual, uno o varios trabajadores, realizan un servicio o ejecutan una obra con actividades distintas a las que desempeñan los trabajadores del contratante.

En el caso de las empresas de “Insourcing” la prestación de servicios o la ejecución de obras, se realizan normalmente con la totalidad de los trabajadores o con la totalidad de ciertos trabajadores de determinado nivel o categoría, no necesariamente mediante trabajos especializados, sin que se dé la concurrencia en función de que la totalidad de los trabajadores están contratados por una de las empresas del grupo de interés.

Si bien parecería que al no darse ninguno de los requisitos del 15-A, en forma inmediata al beneficiario de los servicios se le debería “considerar patrón” de acuerdo al último inciso del artículo 15-A, esto no es así y no puede darse esta consecuencia, simplemente porque el grupo de interés, de accionistas recae la obligación sobre parte del mismo y por ende los intereses de los trabajadores se encuentran garantizados.

En este sentido se estaría en cualesquiera de los dos supuestos de intermediación, ya fuera porque el intermediario tenga bienes propios y suficientes para cumplir con las obligaciones o de que se trate de un intermediario que no los tuviere, pues incluso en este segundo caso, el beneficiario sería

solidariamente responsable desde un inicio de la gestación de la relación sin que incluso existiera la subsidiariedad como en el primero de los casos.

De esta forma, un elemento de distinción es que en la subcontratación los obligados son empresarios con intereses divergentes.

La subcontratación parte del supuesto que el contratante tiene trabajadores propios a su servicio.

Bajo este concepto, en las “Insourcing” se encuentran la totalidad de los trabajadores, no hay trabajo especializado, y no existe concurrencia en la forma en la que la hemos definido.

De esta manera no engloba ninguno de los supuestos de la subcontratación. En nuestra opinión el hecho de que no se cumplan con estos requisitos es que es precisamente porque se trata de un patrón y no de un subcontratista, por lo cual claramente no encaja dentro de esa figura.

Bajo este tenor, la consecuencia propia que no se reúnan los elementos de la subcontratación o que no se cumplan con ninguno de ellos es porque precisamente se trata de una figura distinta que es la de patrón y no porque se esté incumpliendo con algún elemento diverso que es la subcontratación.

Es importante establecer que las “Insourcing” forman parte de una organización empresarial y bajo este concepto estarían definidos bajo el concepto de empresa conforme al artículo 16 de la LFT.

Esto es que tanto las diversas entidades que conforman el grupo empresarial en sí mismos pueden o conforman el concepto de empresa tal como lo define el artículo 16.

Esto es así, porque precisamente la sociedad o la entidad patrona de los trabajadores es parte de una unidad económica de producción y en este sentido se conserva y da precisamente este objeto donde una entidad es patrona de los trabajadores de esa unidad económica y el resto de las entidades proveen los bienes o la materia prima necesaria o servicios necesarios para la realización de las finalidades de la empresa.

De alguna forma, la propia jurisprudencia (unidad económica) confirma este criterio en el sentido de que tanto una como otra empresa crean una unidad económica de producción, aun cuando no coincidimos con los efectos que le dota de considerar patrones a las dos entidades, ya que aun cuando se conforma la unidad económica, no hace patrón a los dos, sino simplemente reconfirma el hecho de que las dos conforman una unidad económica, pero no que los dos resulten responsables de la relación laboral, lo cual resulta un contrasentido ya que no es posible que existan dos relaciones de trabajo, ya que la relación de trabajo es unitaria.

Como conclusión, podemos establecer que en el caso de las “Insourcing” no se trata de subcontratación, y por lo tanto este tipo de organizaciones puede subsistir de la manera que lo han

venido haciendo, sin que de por efecto el que se les considere a los beneficiarios del servicio como patronos, sino en todo caso solidariamente responsables en caso de incumplimiento del patrón.

Esto es así que el Maestro Mario de la Cueva, señaló lo siguiente:

“Meditando sobre la diferencia de las condiciones de trabajo, vino a la mente de la Comisión el principio rector de los contrato-ley, esto es, el principio democrático que pertenece a la esencia del derecho del trabajo, de que la igualdad de tratamiento para todos los hombres debe regir no solamente dentro de cada empresa, sino sobre todo el territorio nacional; era por tanto urgente evitar que se continuara usando la figura de la personalidad jurídica mercantil para burlar uno de los fines supremos del Derecho del Trabajo y de la justicia social. Recordó también la Comisión que ya había establecido la regla de la solidaridad en el caso de las empresas que contrataban obra o servicios sin disponer de elementos propios suficientes para responder de las obligaciones que contrajeran con sus trabajadores. Partiendo de estas consideraciones, se redactó en la Exposición de Motivos de la Iniciativa Presidencial:

La economía contemporánea ha impuesto una necesidad técnica, la especialización de las empresas, pero es también frecuente que se organicen empresas subsidiarias para que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, como esta circunstancia ha redundado en perjuicio de los trabajadores, por cuanto a sus condiciones de trabajo son inferiores a la de la Empresa principal y porque las empresas filiales no siempre disponen de elementos suficientes para cumplir las obligaciones que derivan de las relaciones de trabajo, el artículo 15 establece la responsabilidad solidaria de las empresas, y dispone que las condiciones de los trabajadores que prestan sus servicios en la filial, deben ser iguales a las de las empresas que aprovecha la actividad de la filial.

Consecuente con la exposición, la Comisión redactó el párrafo introductorio del artículo 15 en los términos siguientes: “en las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, se observarán las normas siguientes:...” La fracción primera decretaba la responsabilidad solidaria de las empresas servidora y beneficiaria; y la segunda declaraba que los trabajadores de la empresa servidora tendría derecho a disfrutar de “las mismas condiciones de que gocen los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria”.”⁶

⁶ DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. Ed. Porrúa. 19 edición. México, D.F. pp 172-173

CONCLUSIONES

La reforma a la LFT introduce el concepto de la Subcontratación modificando la concepción que hasta ahora se tenía de la relación laboral, otorgando el carácter de patronos a aquellas personas que de manera conjunta cumplan con los dos elementos fundamentales de una relación laboral desde el punto de vista del que recibe un servicio: el pago del salario y el poder de mando o subordinación sobre los trabajadores que los prestan.

Al presentarse esta dualidad en la figura de patrón respecto de un mismo individuo, se generan diversas contingencias, las cuales describimos a continuación:

1. Que el Contratante sea responsable del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones obrero-patronales respecto del trabajador del Subcontratista.

Lo anterior, no queda resuelto a la luz de los artículos adicionados a la LFT, sin embargo resultaría poco posible que la autoridad laboral pudiera condenar a ambas partes a pagar por separado cada una de las prestaciones legales o contractuales que reciben sus trabajadores (ya que sería un doble pago por un mismo servicio).

Sin embargo, resultaría lógico pensar desde la perspectiva de la autoridad, que se consideraran las prestaciones que resultaran más benéficas para el trabajador respecto de aquellas aplicables tanto a Contratantes como Subcontratistas (Que como regla general son las que aplican a los trabajadores de la Contratante).

Misma suerte debiera ser aplicable a los conceptos indemnizatorios en caso de una demanda por despido injustificado o rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad para el trabajador; Donde el riesgo sería que dichos conceptos fueran calculados considerando las prestaciones aplicables a los empleados del Contratante.

2. El que la autoridad laboral pudiera determinar que al adquirir el Contratante el carácter de patrón, este tuviera la obligación de repartir utilidades a dicho trabajador.
3. En términos de lo establecido en la Ley del Seguro Social (LSS), una de las posible contingencia para la empresa Subcontratante sería que el IMSS determinara un crédito por diferencias en el pago de las cuotas obrero patronales a su cargo (por la diferencia existente entre las prestaciones del Contratante y el Subcontratista), así como las multas, actualizaciones y recargos respectivos.

En adición, en el caso de riesgo de trabajo, la fórmula contenida en la LSS contempla el número de trabajadores promedio expuestos al riesgo, por lo que dicha fórmula se podría ver afectada y por ende existiría un incremento en el pago de las cuotas bajo dicho rubro o una rectificación de prima por parte de la Autoridad.

ANEXO 2

MARCO LEGAL

En el presente estudio, haremos referencia a lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (**CPEUM**); a lo establecido en la Ley Federal del Trabajo (**LFT**); en la Ley del Seguro Social (**LSS**); así como a los criterios jurisprudenciales sostenidos por la Suprema Corte de Justicia (**SCJN**) en el tema que nos ocupa.

En la reforma a la LFT, se adicionaron los siguientes artículos en materia de Trabajo en Régimen de Subcontratación:

“Artículo 15-A. El trabajo en régimen de subcontratación es aquel por medio del cual un patrón denominado contratista ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, la cual fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas.

Este tipo de trabajo, deberá cumplir con las siguientes condiciones:

a) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.

b) Deberá justificarse por su carácter especializado.

c) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante.

De no cumplirse con todas estas condiciones, el contratante se considerará patrón para todos los efectos de esta Ley, incluyendo las obligaciones en materia de seguridad social.”

“Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito.

La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.”

“Artículo 15-C. La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones

aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

Lo anterior, podrá ser cumplido a través de una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada en términos de las disposiciones legales aplicables.”

“Artículo 15-D. No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales; en este caso, se estará a lo dispuesto por el artículo 1004-C y siguientes de esta Ley.”

De igual forma, se adicionaron diversas disposiciones relativas a las sanciones en el caso del trabajo en Régimen de Subcontratación:

“Artículo 1004-B. El incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 15-B de la Ley, se sancionará con multa por el equivalente de 250 a 2500 veces el salario mínimo general.”

“Artículo 1004-C. A quien utilice el régimen de subcontratación de personal en forma dolosa, en términos del artículo 15-D de esta Ley, se le impondrá multa por el equivalente de 250 a 5000 veces el salario mínimo general.”

Para efectos del análisis del Régimen de Subcontratación, es importante señalar que los artículos referentes a los conceptos de patrón, trabajador, relación de trabajo e intermediación de la LFT, no fueron objeto de modificación alguna y son los siguientes:

“Artículo 8o. Trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado.

Para los efectos de esta disposición, se entiende por trabajo toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.”

“Artículo 10. Patrón es la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

Si el trabajador, conforme a lo pactado o a la costumbre, utiliza los servicios de otros trabajadores, el patrón de aquél, lo será también de éstos.”

“Artículo 20. 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.

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.”

“Artículo 12. Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón.”

“Artículo 13. 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.”

“Artículo 14. Las personas que utilicen intermediarios para la contratación de trabajadores serán responsables de las obligaciones que deriven de esta Ley y de los servicios prestados.

Los trabajadores tendrán los derechos siguientes:

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

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

“Artículo 15. En las empresas que ejecuten obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 13, se observarán las normas siguientes:

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

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

“Artículo 539-D. El servicio para la colocación de los trabajadores será invariablemente gratuito para ellos y será proporcionado, según el régimen de aplicación de esta Ley, por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social o por los órganos competentes de las Entidades Federativas, de conformidad con lo establecido por la fracción II del artículo 539, en ambos casos.”

“Artículo 539-E. Podrán participar en la prestación del servicio a que se refiere el artículo anterior, otras dependencias oficiales, instituciones docentes, organizaciones sindicales o patronales, instituciones de beneficencia y demás asociaciones civiles que no persigan fines de lucro. En estos casos, lo harán del conocimiento de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social para fines de registro y control y para que esté en posibilidad de coordinar las acciones en esta materia.”

“Artículo 539-F. Las autorizaciones para el funcionamiento de agencias de colocaciones, con fines lucrativos, sólo podrán otorgarse excepcionalmente, para la contratación de trabajadores que deban realizar trabajos especiales. Dichas autorizaciones se otorgarán previa solicitud del interesado, cuando a juicio de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social se justifique la prestación del servicio por particulares y una vez que se satisfagan los requisitos que al efecto se señalen. En estos casos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 539-D, el servicio deberá ser gratuito para los trabajadores y las tarifas conforme a las cuales se presten, deberán ser previamente fijadas por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.”

LEY DEL SEGURO SOCIAL

“Artículo 15 A. Cuando en la contratación de trabajadores para un patrón, a fin de que ejecuten trabajos o presten servicios para él, participe un intermediario laboral, cualquiera que sea la denominación que patrón e intermediarios asuman, ambos serán responsables solidarios entre sí y en relación con el trabajador, respecto del cumplimiento de las obligaciones contenidas en esta Ley.

No serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que presten servicios a otras, para ejecutarlos con elementos propios y suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores, en los términos de los artículos 12, 13, 14 y 15 de la Ley Federal del Trabajo.

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 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.

Asimismo, el Instituto dará aviso al beneficiario de los trabajos o servicios, del requerimiento a que se refiere el párrafo anterior.

Los contratantes deberán comunicar trimestralmente ante la Subdelegación correspondiente al domicilio del patrón o sujeto obligado, y del beneficiario respectivamente, dentro de los primeros quince días de los meses de enero, abril, julio y octubre, en relación con los contratos celebrados en el trimestre de que se trate la información siguiente:

I. De las partes en el contrato: Nombre, denominación o razón social; clase de persona moral de que se trate, en su caso; objeto social; domicilio social, fiscal y, en su caso, convencional para efectos del contrato; número del Registro Federal de Contribuyentes y de Registro Patronal ante el IMSS; datos de su acta constitutiva, tales como número de escritura pública, fecha, nombre del notario público que da fe de la misma, número de la notaría y ciudad a la que corresponde, sección, partida, volumen, foja o folio mercantil, en su caso, y fecha de inscripción en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio; nombre de los representantes legales de las partes que suscribieron el contrato.

II. Del contrato: Objeto; periodo de vigencia; perfiles, puestos o categorías indicando en este caso si se trata de personal operativo, administrativo o profesional y el número estimado mensual de trabajadores u otros sujetos de aseguramiento que se pondrán a disposición del beneficiario de los servicios o trabajos contratados.

El patrón incorporará por cada uno de sus trabajadores, el nombre del beneficiario de los servicios o trabajos contratados en el sistema de cómputo autorizado por el Instituto.

Cuando el patrón se obligue a poner a disposición del beneficiario, trabajadores para prestar los servicios o ejecutar los trabajos en varios centros de trabajo ubicados en la circunscripción territorial de más de una subdelegación del Instituto, el patrón y el

beneficiario deberán comunicar la información a que se refiere el quinto párrafo de este artículo, únicamente ante la subdelegación dentro de cuya circunscripción se ubique su respectivo domicilio fiscal.

La información prevista en este artículo podrá ser presentada a través de los medios señalados en el último párrafo del artículo 15 de esta Ley, conforme a las reglas generales que para tal efecto emita el Consejo Técnico.

Para los efectos de este artículo, el Gobierno Federal, en ningún caso, será considerado como intermediario laboral.”

“Artículo 75. Para efectos de la clasificación en el seguro de riesgos de trabajo, tratándose de los patrones a que se refiere el tercer párrafo del artículo 15-A, de esta Ley, a solicitud del patrón, el Instituto le asignará un registro patronal por cada una de las clases, que así se requiera, de las señaladas en el artículo 73 de esta Ley, con el que realizará la inscripción de sus trabajadores a nivel nacional. Los patrones o sujetos obligados que se hayan clasificado en términos de lo dispuesto en este párrafo, revisarán anualmente su siniestralidad conforme al artículo 74 de esta Ley de manera independiente por cada uno de los registros patronales asignados.