

LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO: ALCANCES E INTERROGANTES

ALFREDO SÁNCHEZ-CASTAÑEDA⁽¹⁾

PRELIMINARES

Mario Pasco Cosmópolis fue un reconocido abogado y docente laboralista. Sus méritos y reconocimientos académicos son amplios, tanto en Perú como en América Latina, esto lo llevó a ser un ilustre Catedrático Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, además de desempeñarse como Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo en Perú.

Mi primer contacto con Mario Pasco fue en la ciudad de México, en mi calidad de estudiante, en un encuentro de la Academia Iberoamericana que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Desde entonces me convertí en un seguidor y admirador de su trabajo académico. Teniendo la fortuna de poder convivir con él, en México como en Perú.

Mario ya no está físicamente con nosotros, pero su obra persiste. La subcontratación fue uno de los muchos temas que Mario desarrolló de manera brillante⁽²⁾.

(1) Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

(2) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Outsourcing, subcontratación e intermediación laboral". En: *Revista Jurídica Magistri Et Doctores*. Año VIII, N° 02, Lima, diciembre de 2002, pp. 269-282; BUEN LOZANO, Nestor de, et al. *El outsourcing. Visión iberoamericana*. Porrúa, México, 2011, p. 159.

Sirvan las presentes líneas sobre el desarrollo de la subcontratación en México, como un modesto homenaje para nuestro querido Mario Pasco.

Para tratar el tema de la subcontratación consideramos prudente hablar de su surgimiento (I); de sus denominaciones y tipos (II); las ventajas y desventajas que se han señalado de dicha figura (III); y su más reciente regulación en la legislación Mexicana, para estar en condiciones de señalar algunos de sus alcances e interrogantes que plantea (IV).

I. LA APARICIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN

Las nuevas tecnologías permiten reducir el tamaño de la empresa, al delegar porciones y etapas del proceso productivo a terceros⁽³⁾. Esto rompe con la tradicional relación laboral entablada, por lo general, mediante un contrato de trabajo entre un trabajador, que brinda sus servicios, y un empleador que los recibe, aprovecha y remunera. La subcontratación es un medio por el cual una empresa beneficiaria contrata a una o más empresas para que presten un servicio o hagan parte del proceso de su producción.

Surgen así, formas de prestación del trabajo que incorporan a un tercero, y generan relaciones trilaterales o triangulares: un trabajador, un empleador formal que lo remunera y una empresa que es la destinataria del servicio o producto, a la que suele denominarse *usuaria* o *principal*. Hoy en día, estas relaciones triangulares son características de las nuevas formas de organización empresarial.

La subcontratación ha implicado el desmantelamiento del modelo tradicional de organización del trabajo que implicaba un trabajo permanente y directo con una empresa⁽⁴⁾. Hoy en día una empresa, en el mejor de los casos, conserva una actividad que considera principal y delega a otra empresa u otras empresas los trabajos o servicios considerados como secundarios o no principales⁽⁵⁾.

(3) SUPIOT, Alain. *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Francia, Flammarion, 1999.

(4) MORIN, Marie Laure. "Crise de la société salariale et transformation des relations contractuelles de travail". In: *Travail activité emploi, nouvelles formes nouvelles règles. La Documentation Française*. 1998; MORIN, Marie Laure. "Le droit du travail faceaux nouvelles formes d'organisation des entreprises". En: *Revue Internationale du travail*. Vol 144/1, 2005, p. 5-30.

(5) Ídem.

II. DENOMINACIONES Y TIPOS DE SUBCONTRATACIÓN

Hay numerosas denominaciones para las relaciones triangulares: contrata y subcontratas, enganche, colocación, tercerización, *outsourcing*, descentralización, trabajo en régimen de subcontratación, interposición, etc. Asimismo, existen diversas clasificaciones; la OIT elaboró una de las primeras que distingue entre subcontratación de producción de bienes y servicios, y de mano de obra⁽⁶⁾.

En el primer caso, la empresa usuaria contrata a otra para el suministro de un bien o servicio, y esta, por su cuenta y riesgo, asume el compromiso con sus propios recursos (materiales, financieros y humanos). A la usuaria solo le interesa el trabajo terminado sin importar la cantidad de personal u horas utilizadas, ya que solo paga por la realización del servicio. Dentro de esta modalidad están los contratistas en áreas de limpieza, seguridad, construcción, transporte, autopartes, industria automotriz, entre otras.

En el caso de la subcontratación de mano de obra, el objetivo es suministrar la misma a la empresa usuaria, la relación de empleo es directa entre la empresa usuaria y el trabajador. El subcontratista hace la negociación, y recibe el pago por el número de trabajadores contratados, no por la producción, y no necesariamente se encarga de supervisarlos.

III. VENTAJAS Y DESVENTAJAS

La subcontratación produce beneficios a los subcontratistas y a los contratistas. A la empresa, este recurso le permite enfrentar picos de actividad y separarse de los subcontratistas en periodos de crisis. Además, puede acceder a tecnologías o procesos que serían difíciles de procurarse.

Los beneficios para los subcontratistas son la creación y mantenimiento de puestos de trabajo; aumento de los ingresos; mejoras tecnológicas; sumar clientes internacionales a su clientela; reducción de la capacidad excedente; tener un nivel de pedido asegurado; y apoyar su crecimiento.

Para los contratistas los beneficios son: creación de puestos de trabajo y mantenimiento de los ya existentes; reducciones de costos; mayor competitividad

(6) SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo; REYNO CASTILLO, Carlos y BARBARA, Palli. *La subcontratación un fenómeno global*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011, p. 197.

y eficiencia empresarial; aumento/mantenimiento de la cuota de mercado (mantenimiento de liderazgo, penetración en nuevos nichos, introducción de nuevos productos); acceso a materias primas; adquisición de componentes/piezas de alta calidad o acceso a mejoras tecnológicas; y mayor valor del proyecto final.

Entre las ventajas y desventajas que la Cámara de la Industria de Transformación (Canacindra) y su Comisión de Subcontratación han encontrado en materia de subcontratación, se encuentran:⁽⁷⁾

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

Fuente: Elaboración propia.

Las empresas subcontratadas y las dadoras de órdenes, no obstante, son objeto de desconfianza, porque pueden incurrir en subcontratación dolosa al quitarle el trabajo a trabajadores de una empresa para dárselo a otros, a quienes se les paga menos y excluye de la participación de utilidades de la empresa. En ese sentido, desde la perspectiva de los trabajadores, la subcontratación puede implicar empleos precarios, es decir, de mala calidad y remuneración baja, además de ausencia de sindicato.

De hecho, normalmente la posición de los sindicatos sobre la subcontratación ha sido de rechazo, ya que limita su accionar de varias maneras. Por ejemplo, reduciendo su membrecía, dificultando su labor de gestoría y defensa de los trabajadores, precarizando el empleo y con ello alejando de su radio de acción potenciales trabajadores sindicalizables, etc.⁽⁸⁾

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

(8) Ídem.

Por otro lado, al trabajador de la pequeña y mediana empresa subcontratada, suelen no ofrecerle estabilidad laboral, ya que la rotación del trabajador es muy amplia. Las empresas pequeñas, además, suelen ofrecer solo las prestaciones mínimas legales infraestructura y en ocasiones no cumplen con sus obligaciones legales, particularmente en materia de seguridad social⁽⁹⁾.

IV. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA: ALCANCES E INTERROGANTES

La reciente reforma a la Ley Federal del Trabajo (LFT), publicada en el DOF el 30 de noviembre de 2012, introduce la noción de subcontratación, que ya se mencionaba en la Ley del Seguro Social e indirectamente ya venía abordando la jurisprudencia, pero que no aparecía en la LFT. Quizás la inserción de la subcontratación en la legislación laboral mexicana sea uno de los principales cambios que se introdujeron en el modelo de relaciones laborales mexicano. Su regulación era urgente, dado el amplio uso de la figura en la práctica empresarial.

La LFT, en su artículo 15, apartado A, la define como: “el medio por el cual un patrón denominado *contratista* ejecuta obras o presta servicios con trabajadores bajo su dependencia, en favor de un *contratante* (persona física o moral), quien fija las tareas del contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas”. De no cumplirse las siguientes condiciones, el contratante es considerado patrón para todos los efectos de la LFT y las obligaciones en materia de seguridad social:

- a) No puede abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo.
- b) Debe justificarse por su carácter especializado.
- c) No puede comprender tareas iguales o similares a las que realiza el resto de los trabajadores al servicio del contratante.
- d) El contrato entre la persona física o moral que solicita los servicios y el contratista debe constar por escrito.

(9) MUNGARAY LAGARDA, Alejandro, et. ál., “Subcontratación en microempresas y pequeñas empresas de Baja California”. En: *Frontera Norte*. Vol. 16, N° 32, Tijuana, BC., México, julio-diciembre, 2004.

La definición y regulación que ahora contempla la LFT ha generado una serie de dudas, que abordaremos a continuación:

1. Totalidad de las actividades, que se desarrollan en el centro de trabajo

El artículo 15-A (LFT) establece que no se puede subcontratar la totalidad de actividades de una empresa. El artículo utiliza en el mismo párrafo el vocablo “totalidad” en dos ocasiones. Si suprimimos los sinónimos que usa (iguales y similares), la lectura permitiría entender que la subcontratación no puede abarcar la *totalidad* de actividades, en su integralidad. Dicho de otra manera, la LFT prohíbe que una empresa encargue *todas* sus actividades a una contratista.

Algunas interpretaciones sugieren que, en un caso extremo, una empresa podría contar con un solo trabajador y subcontratar al resto de la plantilla; así no estaría subcontratando a la totalidad o 100 % al que se refiere la ley; esto es viable si se hace una interpretación literal de la norma. Sin embargo, nos parece dudosa y arriesgada, ya que esta maniobra pudiera despertar sospecha y considerarse una forma deliberada para no acatar la ley, lo cual tendría otro tipo de consecuencias, como el fraude laboral. Por otro lado, si una empresa cuenta solo con un trabajador, estaría obligada a repartir la posible PTU a ese único trabajador.

Surge, entonces, la pregunta: ¿es posible subcontratar 99 % de las actividades de una empresa, ya que no se está subcontratando el 100 %? La respuesta puede ser positiva. Sin embargo, también puede ser negativa si se interpreta la disposición en función de los principios del Derecho Laboral, en particular, del principio de razonabilidad, que permitiría considerar esa actitud como un “abuso del derecho”; se partiría de la idea de que la subcontratación debe ser la excepción y no la regla en el régimen de relaciones laborales de una empresa. Esta interpretación solo podrá ser validada por los tribunales.

Es poco probable que una empresa no tenga ningún trabajador contratado; no obstante, en el caso de una empresa “sin personal”, podrían plantearse dos hipótesis. La primera, que la LFT reformada no obliga a las empresas a contratar trabajadores, ya que la ley está diseñada para operaciones futuras y no para aplicarse retroactivamente a esquemas como el señalado. La segunda, que una empresa tendría que ajustarse a los nuevos esquemas indicados en la LFT reformada, porque podría considerarse que en esta existen prácticas de simulación jurídica.

2. Actividades, iguales o similares

De acuerdo con el artículo 15-A, una empresa no puede tener a sus propios trabajadores haciendo lo mismo que los trabajadores del contratista.

Lo prudente será verificar que no existan coincidencias en tareas “iguales o similares” entre los trabajadores de la contratante y la contratista; esta igualdad podría verificarse en varios rubros, como tipo y duración de contrato, horarios, salario, lugar de trabajo, pero ante todo, el objeto de los contratos de trabajo y las actividades a realizar.

3. Justificación del carácter especializado de la subcontratación

Una labor especializada es aquella que implica cultivar una particularidad en una rama determinada de una ciencia o un arte. Sobre el alcance de la definición pueden hacerse dos lecturas.

La primera consistiría en actividades que por su especialidad técnica o por implicar procesos que no domina la empresa contratante requieren ser subcontratados, lo cual podría tener lugar de manera excepcional y no como regla. Según esta consideración, los servicios de limpieza, por ejemplo, no podrían considerarse como objeto de subcontratación porque no es una labor especializada, ya que no requieren ninguna ciencia o arte en particular. Salvo que se trate de un tipo de limpieza con determinadas características.

La segunda lectura podría entender que es posible justificar el trabajo en régimen de subcontratación cuando se trata de tareas que no son fundamentales para que una empresa realice adecuadamente la producción de bienes o la prestación de servicios. En este caso, podría interpretarse la palabra “especializado” en sentido negativo, lo que no es fundamental en las tareas de una empresa, como podría ser el servicio de limpieza.

En este caso, la guía para definir el carácter especializado o no de las tareas que se pretenden subcontratar, podría ser el análisis del objeto social de la empresa contratante, para identificar las tareas, objetivos y, eventualmente, procesos productivos que legalmente se ha planteado llevar a cabo, e identificar aquellos específicos, en este caso “especializados” que puede subcontratar.

4. Existencia de un contrato escrito

El contrato por escrito reviste particular importancia, no solo porque en él se debe asentar la naturaleza del trabajo objeto de subcontratación y su carácter especializado, sino porque ahora la LFT lo señala como requisito de legalidad en la subcontratación. Es un documento clave para la definición de responsabilidades entre contratista y contratante.

Aunque la LFT no señala una sanción por el incumplimiento de esta formalidad, habría por lo menos dos tipos de consecuencias: 1) que se le apliquen

las sanciones que la misma ley señala por el incumplimiento de las normas de trabajo; y 2) que al no haber claridad en la definición de las responsabilidades entre contratista y contratante, ni frente a los trabajadores, la empresa beneficiaria y la contratista quedarían vulnerables frente a posibles reclamos judiciales de aquellos.

5. El requisito de cerciorarse de que la empresa contratista cuenta con elementos propios

La empresa contratante debe cerciorarse, al momento de celebrar un contrato, de que el contratista cuente con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones laborales y de seguridad social derivadas de las relaciones con sus trabajadores.

Cabe preguntarse si dicha obligación aplica para las empresas con régimen de subcontratación a partir de la entrada en vigor de las reformas a la LFT, ya que a los celebrados antes se les estaría aplicando retroactivamente la ley. No obstante, sería prudente que en las eventuales renovaciones de contrato se apeguen a la nueva legislación; y en algunos casos, previo análisis específico, se puedan hacer los ajustes necesarios a los contratos cuya terminación y vigencia no sea en corto plazo. Sin embargo, también puede esperarse una posible argumentación por parte de los trabajadores, reclamando la aplicación de la retroactividad en su favor.

Por otra parte, la LFT utiliza el vocablo “permanentemente” en el artículo 15-C, cuando establece la obligación de la empresa beneficiaria de cerciorarse que la empresa contratista cumple con sus obligaciones laborales y de seguridad social respecto a los trabajadores a su cargo; quiere decir que debe cerciorarse no solo al inicio de su relación contractual, sino durante toda la vigencia de esta, aunque no se aclara cuántas veces o cada cuándo habrá de hacerlo, lo que genera inseguridad jurídica para la empresa beneficiaria.

Lo cierto es que tendrá que idearse un mecanismo de verificación en cada caso concreto y las autoridades deberán precisar los criterios para cumplir con esta obligación.

Cabe señalar que la LFT no precisa el tipo de responsabilidad que tiene el empleador que subcontrata (art. 15-A). La manera como ahora se regula este tema tiene un alto grado de ambigüedad, pero si se hace una interpretación en función del principio *pro operario*, deberá adoptarse la responsabilidad solidaria.

6. Subcontratación deliberada

La ley no permite la subcontratación cuando se transfieran de manera intencional trabajadores de la contratante a la subcontratista, con el fin de disminuir derechos laborales (art. 15-D). Quien realice este tipo de subcontratación dolosa, se le puede imponer una multa de 250 a 5000 veces el salario mínimo general (art. 1004-C). Al respecto habría que preguntarse si a partir de la entrada en vigor de las reformas a la LFT, la transferencia deliberada de trabajadores, vía subcontratación, dentro de un grupo de empresas podría ser considerada como subcontratación dolosa si con ello se busca o trae como consecuencia la disminución de derechos laborales.

7. La empresa de suministro de personal y la empresa contratante

El suministro de personal puede entenderse como la disposición de personal de una empresa para otra, mediante el pago de un precio determinado, reteniendo la primera la calidad de patrón.

La legislación laboral suele regular dos variantes de relaciones triangulares. Por un lado, la ejecución de obras y la prestación de servicios. Por otro, el suministro de personal mediante contratos comerciales, identificando quién es el empleador y cuáles son las obligaciones del trabajador y de los empleadores. Tal distinción no es clara en la legislación mexicana, pero en los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) sí se ha manifestado al respecto. Los TCC han señalado que en un despido, si el patrón se excepciona manifestando que no existe relación laboral con él, sino un contrato civil de suministro, en virtud del cual un tercero le proporciona trabajadores y lo libera de cualquier obligación de carácter laboral, dicha excepción resulta improcedente (Nº de registro: 179 047. Tesis aislada).

8. Subcontratación y PTU “consolidada”: ¿inoperatividad de la subcontratación?

El artículo 123 constitucional y el artículo 117 de la LFT establecen que los trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades de las empresas (PTU). La nueva LFT reformada solo añade algunos detalles, relativos al procedimiento de inconformidad que pueden interponer los sindicatos en este tema y la eventual suspensión de pagos adicionales de ptu por parte de la Junta de Conciliación y Arbitraje, cuando existan diferencias.

Sin embargo, la LFT reformada ratifica el carácter que tiene un establecimiento como parte integrante de una empresa, y en tanto que este último no tiene personalidad jurídica propia, las personas que trabajan en dicho establecimiento

deben ser consideradas a efectos de la PTU de la empresa toda. Esta idea, que ya existía en la ley, en su artículo 16, insiste en que es ilegal excluir del reparto a trabajadores de un establecimiento. El nuevo artículo 127 agrega una fracción (IV bis) que dice: “Los trabajadores del establecimiento de una empresa forman parte de ella, para efectos de la participación en las utilidades”. La nueva redacción podría dar lugar a pensar en una ptu “consolidada”, la cual se aplicaría a una empresa que pertenezca a un grupo de empresas y, en ese sentido, el posible objeto de la subcontratación dolosa (evadir el pago de PTU) no tendría lugar o resultaría inoperante si una empresa pertenece a un grupo de empresas.

Este comentario debe leerse a la luz de la reciente jurisprudencia, según la cual, si a través de un contrato civil de prestación de servicios profesionales un tercero se obliga a suministrar personal a un patrón real, con el compromiso de relevarla de cualquier obligación laboral, ambas empresas constituyen la unidad económica a que se refiere el artículo 16 de la LFT, y por ende, las dos son responsables de la relación laboral con un trabajador (Nº de registro 160324 [j]: 10ª- Época, T.C.C.; D.J.F. y su Gaceta; Libro V, febrero de 2012, Tomo 3, p. 1991).

Como se aprecia, la regulación de la subcontratación en México no es un tema terminado, va a seguir presente y redefiniéndose en las empresas mexicanas, así como por lo que dicten los tribunales. ya que a pesar de la reforma, quedan grandes vacíos legales.