

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI
DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS



**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN CIENCIAS
JURÍDICAS**

TEMA:
**LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO, UN ENFOQUE DESDE LOS
DERECHOS HUMANOS DE LOS TRABAJADORES**

PRESENTA:
MIGUEL ANGEL MONTESINOS CERVERA

DIRECTOR DE TESIS:
DR. JESÚS RODRÍGUEZ CEBREROS

Índice

Índice	2
Introducción	3
Capítulo I. Antecedentes de la práctica de subcontratación	12
1.1 Tipos de flexibilización	17
1.2 Los factores reales en las condiciones económicas	20
1.2.1 La cuarta revolución industrial	20
1.2.2 Subcontratación de cara a la globalización	24
1.3 Antecedentes de la legislación laboral en América Latina	27
1.3.1 Ley Federal del Trabajo de 1931 en México	29
1.3.2 Ley federal del trabajo de 1970	30
1.3.3 Reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2012	34
1.4 Licitud de la subcontratación como reingeniería empresarial	38
Capítulo II. Análisis de la subcontratación en la legislación nacional	40
2.1 Legislación nacional	42
2.2 Normas de carácter fiscal relacionadas con la subcontratación	60
2.3 Subcontratación en México y su impacto al salario	68
2.4 El trabajo como mercancía	76
Capítulo III. La subcontratación en la República de Chile	80
3.1 Contratación de trabajo en general	80
3.2 La regulación de la subcontratación en Chile	87
3.3 La regulación de los servicios transitorios	95
Capítulo IV. Concepción del derecho del trabajo dentro del derecho social	111
4.1 Derecho social	114
4.2 Derecho social y sus principios	115
4.3 Derechos sociales como derechos subjetivos	117
4.4 Características de los derechos sociales	119
4.5 Los derechos humanos laborales en el derecho internacional	122
4.5.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo	126
4.5.2 La subcontratación en el derecho internacional del trabajo	127
4.5.3 La Recomendación 198 de la OIT	129
4.5.4 Convenio 096 sobre las agencias de colocación, 1949 (revisado)	133
4.5.5 Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas de 1997	134
4.6 Derechos humanos y la relación de trabajo, su efecto en los particulares	136
4.7 Algunos derechos humanos en vulnerabilidad en la subcontratación	140
4.8 Ponderación de los derechos afectados	144
Consideraciones finales	150
Propuesta	159
Fuentes consultadas	165

Introducción

Esta investigación aborda la subcontratación en México, también conocida con el anglicismo de *outsourcing*. La subcontratación nace como parte del concepto de reingeniería empresarial. El análisis normativo versa sobre el marco federal en materia de trabajo y las obligaciones patronales. Se analiza en este trabajo cómo la subcontratación violenta las reglas de formalización de la relación de trabajo, cómo en una relación de trabajo se genera una relación directa entre un sujeto llamado patrón y otro sujeto llamado trabajador; y a su vez, una relación indirecta, entre el trabajador y otro sujeto que se aprovecha de su mano de obra con beneficio directo. Al violentar la forma de contratación a la vez quedan fuera derechos del trabajo esenciales, como el derecho al salario, certeza y seguridad jurídica, participación en el reparto de utilidades, entre otros.

El espacio geográfico que abarca el análisis de la temática abordada, comprende nuestro país, por tratarse de una figura regulada por una ley federal.

Bajo el antecedente de que el régimen de subcontratación en México fue incorporado a la Ley Federal del Trabajo con motivo de la reforma laboral de 2012, el tema está delimitado al periodo comprendido de 2012 a 2020, esto con la finalidad de empatar cronológicamente la investigación y la fecha de término del programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas. Empero, el análisis sobre los derechos humanos, su reconocimiento y protección, tratándose de asuntos relacionados con la subcontratación, se ubica en particular en el texto resultante de la reforma constitucional de 2011. Texto constitucional vigente al momento de la entrada en vigor de la ley obrera en el año 2012.

La subcontratación, incorporada a la ley laboral como consecuencia de la formalización de la dinámica de reingeniería empresarial que sucede a nivel global,

consiste en la existencia de una relación contractual diversa a la laboral clásica; figura laboral novedosa entre dos sujetos, personas físicas y/o morales, que involucra la actividad desarrollada por trabajadores, que subordinados a uno de esos sujetos (contratista), prestan servicios para otro denominado contratante, sin existencia de responsabilidad laboral alguna para el segundo; y si bien, el legislador la regula e intentó justificar que no se daría a lugar a la simulación, en la práctica actual, constituye uno de los mecanismos más utilizados para reducir los costos laborales, dando lugar a empleos precarios, en perjuicio de los trabajadores del país, generándose de esta manera una flagrante violación a los derechos humanos de estos trabajadores.

La configuración regular de una relación de trabajo, se desarrolla entre dos sujetos, el trabajador y el patrón. El primero de los mencionados presta su servicio personal y subordinado en favor del patrón, a cambio de un salario, siendo este último el obligado a realizar ese pago. Así lo establece el artículo 8 en relación con los diversos artículos 10 y 20 de la Ley Federal del Trabajo. Que establecen que trabajador es quien presta su servicio personal y subordinado; y que patrón será quien utilice los servicios de uno o varios trabajadores, a cambio del pago de un salario. Se entiende que la relación laboral se da entre los sujetos que prestan servicios y quienes lo reciben. El pago del salario es la contraprestación que se debe realizar al existir una relación laboral.

Se consideran como síntomas principales de este problema los siguientes:

- Las prácticas de reingeniería empresarial en las que se ubica la subcontratación en el contexto laboral, pueden ser consideradas como conductas lícitas. No obstante, estas prácticas simulan una conducta de cara a la autoridad, para evadir las obligaciones laborales.¹

¹ Sotomayor, Marco, Presunción y ficción legal en materia tributaria como mecanismo para evitar la elusión fiscal: análisis de los principales casos de impuesto a la renta en la legislación ecuatoriana, Quito, octubre 2016, pp. 15-16, recuperado el 21 de febrero de 2018, de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/12336/DOCUMENTO%20CD%20MARCO%20SOTOMAYOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Las prácticas de reingeniería empresarial simulan una conducta frente a la autoridad, pero evaden a su vez obligaciones laborales cuando se beneficia de un servicio personal subordinado.²
- Es ineficaz la garantía de los derechos laborales de los trabajadores por parte de la autoridad, ante las simulaciones o conductas del (verdadero) patrón.³
- La subcontratación de mano de obra ha impedido que el salario se eleve de manera general.⁴
- La subcontratación permite que se utilice la mano de obra como forma para especular económicamente.⁵
- En el análisis cuantitativo se encuentra que la mitad de las empresas con más de 500 trabajadores utilizan algún tipo de subcontratación, y la tendencia se observa en incremento anual en una tasa de 19.5 por ciento. En el sector gubernamental se identifica un 13 por ciento.⁶
- Se observan en este tipo de contratos diferencias, ya que se cubren salarios distintos a trabajadores de la empresa contratista y de la contratante, resultando una diferencia de hasta un 58.86 por ciento entre ellos.⁷

Ante esta situación, es urgente analizar la problemática generada dado el retroceso que se ha propiciado con la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2012 ante la sistemática violación a los derechos de los trabajadores, resultando menester

² Loyzaga de la Cueva, Octavio Fabián, "Los grandes retrocesos de la reforma laboral", en *El Cotidiano*, 2013, Marzo-Abril, recuperado el 22 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32527006007>

³ Martínez, Jesuswaldo, "Alcance de la reforma laboral de 2012 y decisiones legislativas pendientes en la materia", en *Cuaderno de investigación Temas estratégicos*, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, Primera Edición, marzo de 2015

⁴ Partida, Raquel, "Empleo flexible: el trabajo subcontratado en Jalisco", en *Región y Sociedad*, vol. XIII, núm. 22, julio-diciembre, 2001, El Colegio de Sonora, México, recuperado el 21 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10202204>

⁵ Fuentes, Héctor, "Análisis del Régimen de subcontratación o outsourcing en México", en *Visioni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l'America Latina*, Número 12, Gennaio 2015, pp. 44-58, recuperado el 21 de marzo de 2018, disponible en: https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/10662/1/Fuentes_Cortes.pdf

⁶ Bensusán, Graciela, La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?, recuperado el 28 de mayo de 2018, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2505/9.pdf>

⁷ Battistini, Osvaldo, "¿Qué hay de nuevo de y viejo en la subcontratación laboral moderna?", en *Sociológica*, vol. 33, no. 93, México, enero-abril, 2018

implementar medidas para impedir que se sigan generando estrategias empresariales con el objetivo de no cumplir sus obligaciones, lo que, se insiste, genera trabajo precario para un porcentaje importante de la población, sobre todo en materia de salario digno, estabilidad en el empleo, prestaciones justas y proporcionales, indemnizaciones y seguridad social.

El interés por realizar esta investigación es analizar las consecuencias del actuar del particular que utiliza la subcontratación como una forma de reingeniería empresarial frente a la legislación del trabajo, para ubicar sus responsabilidades y contrastar su cumplimiento de cara a la observancia de los derechos de los trabajadores.

Según el Diario de Debates del la XLVII Legislatura federal, en el Año II, Periodo Ordinario, Número de Diario 28, consultable en la página de internet de la Cámara de Diputados, en la historia del derecho de trabajo mexicano, han habido tres principales y trascendentales momentos; el primero de ellos, cuando los diputados en la Asamblea Constituyente de Querétaro se proyectaron al mundo unas ideas innovadoras y un parteaguas en el derecho del trabajo; después de unos debates se concluía y se ideaban a los derechos sociales, esos principios e instituciones que en el plano constitucional se aseguraban unas condiciones justas en lo referente a la prestación de servicios subordinados. Como segundo momento importante, consiste en la promulgación de la Ley Federal del Trabajo como la consecuencia y continuación del artículo 123 constitucional. Y un tercer episodio consiste en los treinta y siete años posteriores a la Ley Federal del Trabajo, como función y destino de la Declaración de Derechos de la Asamblea Constituyente, en que la ley obrera ha sido un medio que ha apoyado el progreso de la economía nacional y la elevación de las condiciones de vida de los trabajadores.

“...la armonía de sus principios e instituciones, su regulación de los problemas de trabajo, la determinación de los beneficios mínimos que deberían corresponder a los trabajadores por la prestación de sus servicios, la fijación de las normas para el trabajo de las mujeres y de los menores, la consideración de algunos trabajos especiales, como la

actividad ferrocarrilera o el trabajo de los marinos, la ordenación de los principios sobre los riesgos de trabajo, el reconocimiento y la afirmación de las libertades de coalición, sindical y de huelga, la declaración de obligatoriedad de la negociación y contratación colectivas, la organización de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y la creación de un derecho procesal autónomo, hicieron posible que el trabajo principiara a ocupar el rango que le corresponde en el fenómeno de la producción.”⁸

En el dictamen de la Comisión de trabajo y previsión social a la iniciativa del ejecutivo federal con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de fecha 28 de septiembre de 2012 establece como parte del contenido de la iniciativa con carácter de preferente, que es tema prioritario de la agenda nacional con carácter de urgente el presentar una iniciativa de reforma a la Ley Federal del Trabajo. Justificando que las circunstancias de ese momento distaban mucho ya de las existentes en 1970. Condiciones de alto nivel de desempleo a nivel global, con mayor impacto en la población joven, lo que fue consecuencia de la crisis financiera internacional de 2008. Con la finalidad de ofrecer a la población empleos de calidad, se hacía urgente el impulso de reformas estructurales que se consideraba con total apego a los principios laborales fundamentales. Como objetivos que se pretendían lograr eran: promover la generación de más empleos y conseguir que los ya existentes que se encontraran en un estado de informalidad, se regularicen e ingresen a la formalidad. Dentro de los objetivos específicos que el Ejecutivo Federal enlistó en la iniciativa de reforma laboral en mención, destacan por el tema de interés que nos ocupa: la incorporación de la noción de trabajo decente promovido por la Organización Internacional del Trabajo; la inclusión en el marco jurídico de nuevas formas de contratación, periodos de prueba, contratos de capacitación inicial y el trabajo de temporada; la regulación de la subcontratación u *outsourcing*, en miras de evitar la evasión y elusión de obligaciones patronales; entre otros.⁹

⁸ <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/47/2do/Ord/19681212.html>

⁹ <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2012/sep/20120928-A.pdf>

En los sistemas de manejo de recursos humanos donde se implementa esta modalidad de la reingeniería empresarial, podemos observar cómo se afectan sistemáticamente los derechos laborales de los trabajadores. La justificación de esta investigación se centra en la postura asumida por los patrones de utilizar la subcontratación como un mecanismo para disminuir los costos laborales, generando con ello trabajo precario para un porcentaje importante de la población.

La figura denominada subcontratación u *outsourcing*, posibilita la existencia de una relación de naturaleza civil con un sujeto que se beneficie de una mano de obra respecto de la cual no guarda un vínculo laboral, a través de otra persona la cual sí mantiene una relación laboral con las personas físicas que prestan sus servicios personales subordinados, siendo ésta última quien se encarga de pagar el salario y es responsable de las obligaciones laborales en general; sin embargo, no es receptor de manera directa del servicio personal y subordinado prestado por aquellas personas físicas que tienen el carácter de trabajador.

La subcontratación puede ser realizada por una empresa y sus filiales como una manifestación de la reingeniería empresarial, es decir, en un ánimo de reformular la manera en que administra los recursos humanos en la empresa en cuestión, pero que simultáneamente, transgrede los derechos laborales de la clase trabajadora, pues derechos como el de participación en las utilidades, el de solvencia o cumplimiento al pago de prestaciones laborales y de seguridad social se dejan de garantizar, al contar con un patrimonio reducido el sujeto que mantiene el carácter de patrón, generando con ello trabajo precario. Como consecuencia de lo anterior, se actualiza el concepto de elusión o simulación.

Por otro lado, la figura en estudio se utiliza también para la maquinación del capital del contratista, logrando así conseguir una base gravable muy pequeña, por tanto evadiendo la correcta y real participación en las utilidades por parte de los trabajadores.¹⁰

¹⁰ Martínez Martínez, Ulises, El régimen jurídico de la subcontratación en la legislación laboral mexicana, Universidad Veracruzana, México, 2011, pp. 5-6

Una vez planteado lo anterior, se concibe la problemática que nos ocupa, desde tres aspectos esenciales y característicos. Se admite que hay una norma jurídica que permite la conducta a que se ha hecho referencia; también es cierto que esta conducta efectivamente cobra vida en la realidad social y por tanto hay repercusiones en este plano; sin embargo, se niega que se pueda sostener axiológicamente. Se realiza esta investigación posicionada en la doctrina ontológica del tridimensionalismo jurídico, es decir, se reconoce las tres dimensiones del derecho, la eficaz, la extrínseca o formal y la intrínseca o material.¹¹

Por ello, se observa que las normas aducidas en párrafos anteriores no presentan los tres ámbitos citados. El ser, no da cuenta con el deber ser, máxime que las normas de que se trata, y los sujetos en cuestión, son contrapuestos y observados desde el amparo del derecho social; dicho de otro modo, se parte del principio que existe en la realidad una desigualdad fáctica entre dos sujetos, y que el derecho objetivo pretende, con miras en el deber ser del mismo, nivelar esas desventajas para lograr un equilibrio entre ellos. Pero el deber ser de la institución de subcontratación actual no pretende nivelar la balanza jurídico-social, no colma la problemática fáctica, por el contrario, más allá de permitir, propicia y hace vigente que persista y aumente semejante desventaja.

En un mundo globalizado y neoliberal, cada vez es más cotidiana la práctica de la subcontratación u *outsourcing*, tanto en el ámbito nacional como el internacional. La flexibilización de los derechos laborales es una de las consecuencias ante tales circunstancias. En un contexto en donde la competitividad exige una búsqueda constante de condiciones más favorables, rentables y eficientes, la flexibilización de la mano de obra, como una reingeniería empresarial resulta ser una clara solución a las gestiones empresariales. Las prácticas de administración de recursos humanos se emplean de maneras más innovadoras cada vez, la subcontratación ha sido una conducta que en los últimos años ha ido creciendo en todo el mundo.¹²

¹¹ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, Metodología Jurídica, Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 2006

¹² Curiel, Verónica, "La reforma a la Ley Federal del Trabajo en materia de subcontratación en México", en Alegatos, núm. 83, 2013, pp. 213-236

Se realiza a su vez la investigación partiendo de una visión garantista de la norma, el sistema normativo y los derechos fundamentales. El principio de legalidad propone como base que toda norma debe contener o prever conductas fundadas en una ley, así como que la mencionada norma, actos y conductas previstas deben de estar acorde a los derechos fundamentales. Se planifica, una protección a los derechos fundamentales individuales y sociales, así como sus garantías. Los mencionados derechos fundamentales deben de contar con la característica de la mayor protección posible, así como a un número mayor de sujetos posibles, y mayor intensidad posible.¹³

Este trabajo de investigación sigue el hilo metodológico deductivo de manera principal, el exegético, histórico, sistemático y comparativo de manera paralela como complemento.

Se analizarán las corrientes epistemológicas mediante las que pueden ser concebidos tanto los derechos humanos, sus principios, como el ordenamiento jurídico.

Al respecto del método deductivo, se partirá de una base conceptual, donde se pueda observar la perspectiva temática general, un panorama que permita vislumbrar el tema principal, así como el contexto que se aborda. Se examinará el contenido del derecho social, los derechos humanos sociales y el derecho del trabajo, su naturaleza, principios rectores y su finalidad. Una evaluación a detalle de la perspectiva y contenido del derecho del trabajo en el ámbito internacional, y su repercusión en el derecho interno.

A su vez, se plantea la comparación de la subcontratación mexicana con la regulación que presenta el Estado Chileno. Un estudio de derecho comparado que permitirá vislumbrar el contexto estatal y de gobierno.

¹³ Ferrajoli, Luigi, Epistemología jurídica y garantismo, Distribuciones Fontamara, México, 2004, pp. 233-238

Se formulará una ponderación de derechos entre los derechos que se ven confrontados. Por un lado, el derecho del empresario a una libertad de gestión de sus recursos con la finalidad de obtener reducción en sus cargas y obligaciones, en aras de una mayor eficiencia, así como utilidades y beneficios económicos mayores; por otro lado, el derecho de los trabajadores a un trabajo digno, salario suficiente y proporcional, y el resto de las prestaciones a las que tienen derecho sean efectivas y garantizadas.

La investigación a desarrollar será de forma eminentemente documental, de los cuales dominan las fuentes normativas, bibliográficas y hemerográficas principalmente. Dentro de las fuentes normativas, se analizarán el texto constitucional, tratados internacionales en materia laboral en los que el Estado mexicano es parte, así como la Ley Federal del Trabajo. Por parte de las fuentes bibliográficas, constarán de libros de autores tanto nacionales como extranjeros, de temas de análisis de derechos humanos, derecho social y derecho del trabajo. Las fuentes hemerográficas consisten en una amplia gama y diversidad de artículos de revistas científicas e indizadas, también en los diversos temas de análisis. Por otro lado, fuentes informáticas servirán de apoyo como complemento del acervo bibliográfico y doctrinal, que nutrirán el conocimiento de estudio.

Capítulo I. Antecedentes de la práctica de subcontratación

La vida social y empresarial han estado evolucionando en las últimas décadas; con una realidad apremiante, en tendencia marcada a un neoliberalismo y capitalismo, establecidas por la reciente ola de globalización; se han establecido unas condiciones fácticas que responden a necesidades distintas del contexto empresarial actual. Como forma de respuesta a estas nuevas condiciones, el sector empresarial nacional e internacional ha desarrollado nuevas gestiones tendentes a implementar unos ahorros y eficientar sus actividades. Dentro de esas gestiones se encuentra lo que se conoce como flexibilización laboral; formas de administración de recursos humanos que repercuten en las contrataciones y condiciones de trabajo.

La subcontratación, también conocida con el anglicismo de *outsourcing*, tercerización, intermediación, entre otros; se estima emergió a la vida empresarial hace más de cuatro décadas. Como una forma de fortalecer la competitividad de las empresas, así como un sistema para administrar los recursos humanos de manera más eficiente. Esta forma de contratación se puede conceptualizar como “un acuerdo por el que una empresa contrata o adquiere en el mercado parte de sus actividades”.¹⁴ Es una de las formas de flexibilización de los contratos de trabajo, que a manera de reingeniería empresarial se pone en práctica para lograr esos objetivos de eficiencia y eficacia.

Esta práctica empresarial, revestida de aspectos económicos y administrativos, fue puesta en marcha en una búsqueda de mejorar la competitividad de las empresas, al contar con menos gastos, se obtienen mejores resultados y ahorros; la mejora en la productividad también fue una de las razones para su utilización, pues los defensores de la misma, señalan que la empresa que se encarga

¹⁴ Alvarado, Andrea, “Outsourcing: breve revisión del marco normativo”, en *Revista Digital Ventana Estudiantil*, No. 1, 2019, recuperado el 03 de febrero de 2021, disponible en: http://www.fca.uaslp.mx/Paginas/Revista%20digital%20Ventana%20Estudiantil/Revista_Digital_Ventana_Estudiantil_01.pdf#page=12

de la realización de un bien o de la prestación del servicio, puede hacerlo inyectando una menor cantidad de recursos, sin renunciar a los estándares de calidad.¹⁵

Posteriormente a la segunda guerra mundial, bajo un panorama global en que las competencias en los mercados incrementaron, las empresas buscaron una forma de concentrar sus actividades y esfuerzos, con la finalidad de no depender de proveedores externos. Es hasta la década de los ochenta cuando se intentó responder a necesidades diversas, la mira de las empresas estaba enfocada en sistemas de gestión, tiempo y calidad, esto con la intención de evitar un desempeño ineficiente. Fue así como surge la práctica de la subcontratación, revirtiendo la tendencia, transfiriendo ahora a proveedores parte de las funciones de esas compañías. Por lo que toca a México, las actividades que comenzaron a ser subcontratadas, eran las de vigilancia y de limpieza, así como las agencias consultoras.¹⁶

De manera más puntual, el Dr. Enrique de la Garza señala que los antecedentes de la subcontratación se dio de manera previa en los países desarrollados, desde los años setenta; siguiéndole los países menos desarrollados en la década de los ochenta. Esto se vislumbra bajo la perspectiva del modelo económico capitalista, ya que antes de éste, fenómenos similares a la subcontratación ya existían con anterioridad. En el medievo se ejercía un tipo de subcontratación, al encargar los agricultores al molinero el procesamiento de trigo, para posteriormente ellos efectuar determinadas operaciones en él. Para el caso de México, en la década de los ochenta, se consolida como un país maquilador, constituyendo así una maquila de exportación, es decir, una forma fundamental de subcontratación internacional.¹⁷

¹⁵ Silva, Jorge, “¿Cómo se regula el outsourcing en México?”, en *Cuestiones Constitucionales*, 2010, No. 22, pp.411-424, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a14.pdf>

¹⁶ Alvarado, Andrea, “Outsourcing: breve revisión del marco normativo”, en *Revista Digital Ventana Estudiantil*, No. 1, 2019, recuperado el 03 de febrero de 2021, disponible en: http://www.fca.uaslp.mx/Paginas/Revista%20digital%20Ventana%20Estudiantil/Revista_Digital_Ventana_Estudiantil_01.pdf#page=12

¹⁷ De la Garza, Enrique, Antiguas y nuevas formas de subcontratación, en Friedrich Ebert Stiftung, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias-Cámara de Diputados, Memoria del seminario: Relaciones triangulares del trabajo (subcontratación y/o tercerización) ¿Fin de la estabilidad laboral?, México, Friedrich Ebert Stiftung, pp. 49-54, recuperado el 05 de noviembre de 2018, disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/50434.pdf>

De la Garza señala que antes de la década de los ochentas, ya existían formas de subcontratación, sin embargo era poco legitimada. En un contexto de Estado benefactor, se evidenciaba una limitación con la legislación laboral, y especialmente por medio de contratos colectivos de trabajo. Casos como el de Petróleos Mexicanos, donde en el su contrato colectivo de trabajo se determinaban áreas exclusivas para los trabajadores sindicalizados, áreas donde las empresas subcontratistas no podían tener ningún tipo de intervención. También el Sindicato Mexicano de Electricistas en su contrato colectivo de trabajo limitó la subcontratación.

Se recalca que la práctica de simulación de relaciones laborales se realizaba de cualquier manera, por lo que por medio de la subcontratación se determinaba que el verdadero patrón sería aquel para el que se realizara la actividad productiva de manera directa. Estos casos acontecían en unas circunstancias anteriores al neoliberalismo, con ayuda de la globalización, la apertura de las economías y el incremento de la competitividad en los mercados tanto nacionales como internacionales. Es en este nuevo panorama que se re-legitima a la subcontratación, como una forma de hacer frente a esa competencia; los agentes nacionales e internacionales vuelven la cara a esta práctica como una forma de salvarse de la quiebra, ante un incremento inminente en el mercado envuelto en el neoliberalismo y la globalización. De esta manera, las empresas, con la intención de reducir costos y enfrentar la competitividad, han optado por descentralizar algunas de sus actividades hacia otras empresas contratadas, hacia sus filiales o incluso trabajadores independientes.¹⁸

Por otro lado, Nestor de Buen Lozano le denomina como “la época feliz” al posterior a la segunda guerra mundial, marcada por una hegemonía de los sindicatos a través del ejercicio del derecho de huelga, de esta manera podrían acceder a condiciones de trabajo favorables. En presencia del capitalismo como modelo económico, se observaron condiciones desfavorables para la clase empresarial. Había exceso de producción, pero no había demanda, las empresas tuvieron que despedir a sus trabajadores. El Estado tuvo disminución en su actividad recaudadora, cuotas de seguridad social; frente a un gasto nunca antes visto, se vio orillado a emitir

¹⁸ Ídem

moneda que no fue respaldada por el mercado, lo que trajo como consecuencia una inflación y un gran desempleo. Como respuesta a estas condiciones, se intentó idear una manera para lograr producción barata y con menores costos. Además, con el desarrollo de la tecnología, la aparición de las máquinas robotizadas, inició una crisis y decadencia laboral. Además, con el avance del socialismo al término de la segunda guerra mundial, y ante el estallido de la Revolución Rusa, los empresarios y capitalistas establecieron lo que conocimos como Estado de Bienestar, caracterizado por la existencia de seguridad social y el derecho del trabajo. Los países capitalistas para evitar revoluciones permanecían sin oposición a los derechos de los trabajadores, puesto que ya se encontraban en clara oposición frente al comunismo de la Unión Soviética.¹⁹

Posterior a la caída del muro de Berlín, y la consecuente desaparición de la Unión Soviética, el modelo capitalista ha implementado una hegemonía en todo el mundo, sin que el ámbito laboral sea la excepción. Surgen las compañías multinacionales, y se desarrolla lo que se conoce como grupo de empresas. Se le conoce como grupo de empresas a la unión de distintas sociedades civiles y mercantiles pero que realizan actividades persiguiendo un fin común.²⁰

Desde este punto de vista, cabe aclarar que aun cuando se pueda tratar de diversas sociedades autónomas, se trata de una empresa con una finalidad común, un grupo de sujetos que aunque formalmente distintas, realizan actividades encaminadas a una finalidad determinada, en consecuencia, en los hechos, es una sola empresa. De esta configuración, surgen lo que aparenta ser empresas autónomas, pero que se consideran subsidiarias. En México, la existencia de contratos colectivos de protección, con sindicatos formalmente válidos, pero que no cuentan con la debida visión defensora de los trabajadores, es una forma en que las empresas han intentado protegerse ante huelgas, por ejemplo. Es el caso de los despachos patronales, que incluso mediante fianzas o garantías, aseguraban a una

¹⁹ De Buen, Néstor, Contexto histórico de las relaciones triangulares de trabajo, en Friedrich Ebert Stiftung, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias-Cámara de Diputados, Memoria del seminario: Relaciones triangulares del trabajo (subcontratación y/o tercerización) ¿Fin de la estabilidad laboral?, México, Friedrich Ebert Stiftung, pp. 49-54, recuperado el 05 de noviembre de 2018, disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/50434.pdf>

²⁰ Ídem

empresa que le arrendaban trabajadores, que no iban a iniciar esos procedimientos de suspensión de labores. Esto en virtud de que la empresa arrendadora ya contaba con un contrato colectivo de protección, con la posibilidad de modificar a los trabajadores a su voluntad, y al mantener la relación laboral con ella, la empresa arrendataria no iba a presentar ningún problema.²¹

En México, precisamente en la década de los ochenta es que se comenzaron abandonar los postulados y principios de la Revolución Mexicana más o menos coincidentes con los de un Estado de Bienestar; la respuesta a un nuevo modelo económico fue privatización de las empresas paraestatales, recortes en gastos públicos, y más importante para el caso que nos ocupa, la disminución del precio de la mano de obra, ello con la finalidad de incentivar al sector empresarial transnacional y nacional, pues propicia una expectativa de mayor ganancia para éste último. Mediante la flexibilización de las condiciones de trabajo, cuestiones trascendentales como la estabilidad laboral, la duración de la jornada, el salario remunerador, descansos, vacaciones, entre otros, fueron afectados y gradualmente sufriendo cambios.²²

En relación a las consecuencias que trajo la Revolución Mexicana, ésta, al ser un movimiento social impulsado por una necesidad de condiciones favorables generales; una de sus características determinantes es el establecimiento de la Constitución de 1917. Texto normativo que como uno de sus pilares fue el reconocimiento del derecho del trabajo, apartándose de los principios del derecho civil y mercantil. Este derecho del trabajo revestía una protección al trabajador en su fuente de trabajo, otorgando certeza y seguridad. Sin embargo, en las últimas cuatro décadas, decisiones legislativas y administrativas apartadas de esos principios han respondido al desarrollo empresarial bajo el modelo económico capitalista, empleando políticas de flexibilización laboral, favoreciendo a la clase empresarial a costa de los que aportan su mano de obra.²³

²¹ Ídem

²² Loyzaga, Octavio, "Los grandes retrocesos de la reforma laboral", en *El Cotidiano*, núm. 178, marzo-abril, 2013, Distrito Federal, pp. 45-51, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, recuperado el 18 de abril de 2020, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32527006007>

²³ Fuentes, Héctor, Análisis del Régimen de subcontratación o outsourcing en México, en *Visioni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l'America Latina*, No. 12, Gennaio 2015, pp. 44-58,

1.1 Tipos de flexibilización

Asimismo, se pueden apreciar distintos tipos de flexibilización. Así aparecen las bolsas de trabajo, los servicios empresariales intensivos en conocimiento (SEIC), los empleos temporales, las agencias de colocación, entre otros. Todas forman parte de una flexibilización desarrollada desde hace cuatro décadas.

Las bolsas de trabajo tienen la característica de ser un servicio que se presta de manera pública, o privada. En el ámbito público, se trata de una dependencia que se encarga de mantener convenios con distintas empresas y sujetos privados que eventual o permanentemente buscan y necesitan personal para sus líneas de trabajo o planta de personal. Estos agentes se registran y enlistan en un padrón de la dependencia al cumplir con determinados requisitos, para que los miembros de la sociedad puedan acudir a una fuente concentrada de trabajo, en la que de manera más eficiente estén en condiciones de desempeñar una función laboral que sea adecuada a sus aptitudes y condiciones, se trata entonces una publicación a manera de boletín, en el que el usuario puede conocer toda la oferta existente. También existe la modalidad de que el ciudadano solicite ante la dependencia un empleo que la misma considere más apta para sus características, y le facilita la información de esa fuente de trabajo. Existen también bolsas de trabajo de carácter privado, es decir, un servicio que ofrece un particular a una o varias empresas que solicitan y necesitan personal. El servicio prestado por estas bolsas de trabajo, consiste en únicamente reclutar, organizar y administrar a los diversos trabajadores que acudan ante ellas en búsqueda de empleo, y éstas se encargan de canalizarlos con la empresa que solicita trabajadores con el perfil solicitado. De manera general, las empresas realizan un pago a las bolsas de trabajo privadas para que le suministren personal, ya sea de manera periódica, por grupo de personas canalizadas, o por persona contratada. En cualquier caso, se trata de una manera de intermediación laboral, para agilizar recursos y tiempo en la administración de las contrataciones, pero la relación laboral

se mantiene entre el trabajador y la empresa destinataria o beneficiaria de la mano de obra.

Los empleos temporales son otra forma de contratación flexibilizada, sus características principales son la inexistencia de la estabilidad laboral; en ocasiones se trata de empresas que redujeron su planta de empleados permanentes, y se sustituyeron por contratos temporales, que mantienen (o pretenden mantener) una referencia a servicios extraordinarios, que corresponden a una obra determinada, entre otras. Por su parte, las Agencias de Colocación, son formas de captar la fuerza de trabajo para su dirección hacia las distintas tareas o fuerzas de trabajo. Operadores, oficinistas o recepcionistas, empleados del hogar, de construcción, de limpieza, etc. La forma de operar es parecida a las bolsas de trabajo, pero con sus características propias. La agencia de colocación celebra un contrato individual de trabajo con el trabajador, en el que éste se obliga a prestar sus servicios para la agencia en donde ésta le indique, las prestaciones a cambio de la mano de obra son sufragadas por la agencia. La empresa que se beneficia con el servicio prestado realiza un pago a las agencias de colocación por cada trabajador.²⁴ Estas agencias de colocación son una forma de llamar a la subcontratación o *outsourcing*, en que el trabajador mantiene la relación laboral con la agencia, sin dependencia directa de la empresa usuaria o beneficiaria de la mano de obra.

Los servicios empresariales intensivos en conocimiento, también llamadas en inglés *Knowledge Intensive Business Services* (SEIC), son formas de subcontratar mano de obra con respecto a funciones que no mantiene relación directa con el servicio o bien ofertado al público por parte de la empresa contratante. Se trata de adquirir del mercado funciones especializadas y profesionales, con perfil académico o sin que se requiera de unos conocimientos muy especializados. Ejemplos de las funciones con un perfil académico pueden ser las de consultoría fiscal o jurídica, contadores, recursos humanos, nuevas tecnologías, entre otros; por su lado, funciones sin ese perfil académico pueden ser las de limpieza, seguridad o vigilancia,

²⁴ Partida, Raquel, "Nuevas formas de empleo flexible en México: el trabajo subcontratado en las agencias de colocación en Jalisco", en *Región y Sociedad*, Vol. XIII, No. 22, 2001, pp. 99-127, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/regsoc/v13n22/v13n22a4.pdf>

repcionista presencial o a distancia, etc. La característica de este tipo de subcontratación, es que se utilizan de manera intensiva las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y un área de conocimiento que permite ofrecer servicios que contiene un conocimiento especializado. Algunos autores distinguen dos tipos de SEIC, el primero de ellos caracterizado por tratarse de servicios profesionales tradicionales, pero con una tendencia a la utilización de las TIC, es decir, el servicio prestado es uno profesional, pero se auxilian de las TIC como herramienta, sin ser la esencia de la profesión (publicidad, servicios legales, etc); el segundo de los tipos de SEIC, son aquellos que las TIC forman parte elemental de su servicio, y es el material de trabajo propiamente (software, telecomunicaciones, redes computacionales, entre otros).²⁵

Alfonso de los Heros señala que para el caso de las empresas que prestan servicios especializados hacia otras terceras; la empresa empleadora, es decir, la que mantiene una relación con trabajadores y ejecutan las instrucciones a petición de la empresa beneficiaria, se convierte en una prestadora de servicios en que su actividad principal es una de las actividades de la empresa beneficiaria, la que es dueña del negocio principal. De esa manera, las actividades, subordinaciones, direcciones, instrucciones y prestaciones reales o ficticias convergen, se mezclan, confundiéndose las relaciones.²⁶

Otra forma de contratación flexible, es la que se lleva a cabo por agencias temporales, que mantienen una relación laboral temporal con los trabajadores, estas agencias fungen como intermediarios para que se les suministre un servicio o una tarea a empresas; se trata de una relación triangular que tuvo un auge en la década de los ochentas.²⁷ Aquí resalta el carácter de la temporalidad en la relación laboral

²⁵ Romero, Jorge, y otros, "Las condiciones laborales en la industria de los servicios empresariales intensivos en conocimiento (SEIC) en México en el nuevo siglo, en *Análisis Económico*, No. 83, Vol. XXXIII, 2018, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/ane/v33n83/2448-6655-ane-33-83-145.pdf>

²⁶ Perez, Alfonso de los Heros, "La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, pp. 979-1000, recuperado el 18 de septiembre de 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3738/4609>

²⁷ Goldín, Adrián y Feldman, Sivio, "Protección de los trabajadores", Informe Argentino, OIT, recuperado el 05 de febrero de 2021, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/genericdocument/wcms_203842.pdf

que existe entre los trabajadores y la agencia intermediaria, a distinción de las ya señaladas SEIC, las empresas especializadas que su función principal es solo una actividad parte del negocio principal de la empresa beneficiaria, las agencias de colocación, de las consecuencias obtenidas por el servicio de las bolsas de trabajo, ya sea públicas o privadas; el elemento particular y distintivo es la ausencia de permanencia y estabilidad en ese empleo.

1.2 Los factores reales en las condiciones económicas

1.2.1 La cuarta revolución industrial

La cuarta revolución industrial ha venido a tomar su papel en el mundo del mercado. A diferencia de la primera y la segunda; la tercera y la cuarta han desenvuelto una aceleración desenfrenada. En el caso de la primera, fue todo un proceso que bien pudo haber tomado casi cien años, desde mediados del siglo XVIII a mitad de la próxima centuria.²⁸ Caracterizada por el cambio de producción agrícola, que pasó de una agricultura tradicional, en donde el ser humano estaba a la merced de la naturaleza, sin opción de una producción controlada; a poder lograr precisamente una producción en masa con ayuda de maquinaria que facilite el trabajo, lo haga más eficiente, y en consecuencia, mayor producción.²⁹

La segunda revolución industrial se desarrolló desde mediados del siglo XIX hasta poco después de la segunda guerra mundial. Su principal particularidad es el cambio de la producción de energía, sustituyendo al carbón por la energía eléctrica, el petróleo y los avances en energía nuclear. Fue esta etapa en la que tuvo una gran repercusión en la situación de la fuerza trabajadora, los avances tecnológicos fueron desplazando al trabajo humano.³⁰

²⁸ Chaves, Julián, "Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial", en *Norba. Revista de historia*, Vol. 17, 2004, España, pp. 93-109, recuperado el 27 de noviembre de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1158936>

²⁹ Alvarez, Felipe, "El fracaso social de la empresa y la búsqueda de un camino a la cuarta revolución industrial", en *Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas*, No. 18, 2018, pp. 296-229, recuperado el 29 de noviembre de 2018, de http://elcriterio.com/revista/contenidos_18/14.pdf

³⁰ Ídem

Por cuanto hace a la tercera sin embargo, no se puede decir que se prolongó por unos lapsos de tiempo parecidos, ésta vino a trascender alrededor de las décadas de los cincuentas hasta los ochentas aproximadamente.³¹ Su más marcada peculiaridad fue el desarrollo de las conocidas como tecnologías de información y comunicación, dando paso a una mayor eficiencia en la manera en que se lleva a cabo la comunicación a grandes distancias. Una gran desventaja es la sumisión de la naturaleza, el trabajo humano y las tecnologías al capital, que se presenta en esta era.³²

La cuarta revolución industrial, caracterizada por una automatización en los servicios brindados, inteligencia artificial, internet de las cosas, robótica autónoma, impresión en tres dimensiones, drones, nanotecnología, entre otros.³³

A propósito de la cuarta revolución industrial, y dentro de los factores que han intervenido para su desarrollo, resalta la acentuada necesidad por parte del factor de producción capital de preferir y buscar insaciablemente la utilidad económica sobre cualquier otra cosa. Ésta es una característica que el mundo globalizado de hoy presenta como una meta primordial en la vida empresarial.³⁴

Sin embargo, es menester adentrarse en esta cuarta revolución industrial para descubrir su verdadera naturaleza, y así al menos previsualizar el impacto que en materia de trabajo puede tener. A decir de Schwab, citado por Rebeca Contreras, hay una marca distintiva en cuanto a la cuarta revolución industrial a diferencia de las otras tres. Él dice que las tecnologías que caracterizan a la cuarta revolución industrial se fusionan con el ámbito físico, digital y biológico. Conjunción que no se encuentra presente en ninguna de los movimientos industriales anteriores.³⁵ Es decir, en la

³¹ Roel, Virgilio, *La tercera revolución industrial y la era del conocimiento*, Fondo Editorial, 3ra edición, 1998, Perú

³² Alvarez, Felipe, "El fracaso social de la empresa y la búsqueda de un camino a la cuarta revolución industrial", en *Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas*, No. 18, 2018, pp. 296-229, recuperado el 29 de noviembre de 2018, de http://elcriterio.com/revista/contenidos_18/14.pdf

³³ Corán, Emilio, "Capital humano, desarrollo en la RI 4.0", en *Revista Contaduría Pública*, Núm. 74, Febrero de 2018, recuperado el 29 de noviembre de 2018, de <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/capital-humano-desarrollo-ri-702172061>

³⁴ Alvarez Op. Cit.

³⁵ Contreras, Rebeca, "La cuarta revolución industrial: la interacción de los mundos físico, digital y biológico", en *Letras Jurídicas, Revista multidisciplinaria del Centro de Estudios sobre Derecho*,

cuarta revolución industrial, no se trata de una tecnología disruptiva que emerge, sino de la convergencia de las tecnologías señaladas.³⁶

Se afirma que aun cuando los síntomas que envuelven a la cuarta revolución industrial arrojan ventajas para los accionistas, inversionistas e innovadores, quienes obtienen beneficios sin precedentes son los consumidores. La situación se torna grave cuando son los proveedores de trabajo y producción los que se enfrentan a verdaderos retos.³⁷ El reemplazo de la mano de obra por maquinaria automatizada y los medios de comunicación que han roto la barrera de la distancia para lograr comunicaciones al otro lado del planeta en tiempo real, son algunos de los factores que traen preocupación al sector obrero.

Schwab señala como retos que trae esta revolución industrial en el ámbito biológico, trae consigo problemas éticos que hay que estudiar a fondo. Asimismo desde un enfoque normativo, se presenta una situación difícil sobre qué ordenamientos legales deberán de ser modificados o adecuados a esta realidad social que se viene desarrollando. Otro reto es el referente al empoderamiento y la forma en que los sujetos empoderados actuarán frente a aquellos que no lo son, el trato que darán las empresas a sus trabajadores, accionistas y clientes, las potencias a los países pequeños, los gobiernos con sus ciudadanos, etc., sobre todo si tenemos en mente que se habla de un sistema de distribución de poder.³⁸

Otro ámbito de acción, es por lo que toca a las universidades, ya que las nuevas tecnologías, como es de suponer, afectan a todas las ocupaciones o industrias existentes.³⁹ Las universidades deben de tomar un papel activo para

Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Vol. 35, México, Enero-Junio 2017, recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2018/10/R35-Rs%C3%B1a2.pdf>

³⁶ Escudero, Alexandro, "Redefinición del "aprendizaje en red" en la cuarta revolución industrial", en *Apertura*, Vol. 10, Núm. 1, Universidad de Guadalajara, pp. 149-163, recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/apertura/v10n1/2007-1094-apertura-10-01-149.pdf>

³⁷ Contreras, Rebeca, "La cuarta revolución industrial: la interacción de los mundos físico, digital y biológico", en *Letras Jurídicas, Revista multidisciplinaria del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana*, Vol. 35, México, Enero-Junio 2017, recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2018/10/R35-Rs%C3%B1a2.pdf>

³⁸ Contreras Op. Cit.

³⁹ Contreras Op. Cit.

enseñar a hacer lo que todavía no se hace. En especial cuando las tecnologías de información y comunicación (TIC) van interactuando con el resto de las áreas económicas, van surgiendo nuevas actividades económicas.⁴⁰

Efectivamente, conforme tanto las tecnologías de información y comunicación, como prácticamente en todos los ámbitos económicos. Se expande el panorama de las posibles ocupaciones en los servicios que se pueden ofrecer en el mercado, dando pie incluso a nuevas ramas industriales posteriormente.

Por otro lado, Schwab recalca sobre no una exigencia moral, sino una necesidad de carácter crítico acerca de las economías que aún no han alcanzado las fases previas de la revolución industrial, por lo que se torna imperativo evitar que partes del globo se rezaguen, para moderar inestabilidades a causa de retos geopolíticos y de seguridad, como sería el caso de flujos migratorios.⁴¹ Aún más, hay países que no han alcanzado la primera revolución industrial, es decir, el trabajo y sus formas de producción aún no son lo suficientemente organizados, y no se ha roto la barrera de la naturaleza, quedando todavía sometidos a ella.⁴²

Ésta exigencia es en la que se debe de tener especial atención para con las economías en emergencia y su sector obrero, por ejemplo. El mercado está sufriendo cambios, la oferta se va amoldando a la demanda, los fines de las empresas se van permeando en el mercado. Con la aclaración que con fin empresarial no nos referimos al objeto de la persona moral, ni al giro comercial al que se dedica, ni a los bienes o servicios que ofrece, sino a la caracterización de aquél sujeto que realiza actos de comercio, la insaciable meta de conseguir el mayor beneficio económico posible.

En el marco de esta siempre presente intención de obtener lucro en las actividades empresariales, dentro de la plena cuarta revolución industrial, existe la posibilidad de que a propósito de la desensibilización que ya apuntamos, las

⁴⁰ Blanco, Carlos, "Nuevas profesiones en el sector de las tecnologías de la información y comunicaciones (tic)", en *Pharos*, Vol. 13, Núm. 2, noviembre-diciembre, 2006, pp. 81-90, recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.redalyc.org/pdf/208/20813206.pdf>

⁴¹ Contreras Op. Cit.

⁴² Alvarez OP. CIT.

empresas se tienen que renovar, modificar, cambiar su organización, o lo que Josep Rios llama, deben de realizar una reingeniería.⁴³

Ahora bien, dentro de las múltiples posibilidades para llevar a cabo ésta reingeniería, modificación o cambio a la organización de la empresa, se debe de cuidar que las repercusiones negativas no recaigan en el sector obrero de los países con economías emergentes, ya que al no avanzar a la par con la revolución industrial que se observa hoy. Los sectores más vulnerables dentro de esas economías también vulnerables, acrecenta el riesgo de afectación a sus intereses, y permitir se haga más ancha la brecha de desarrollo. Se debe de procurar, que al implementar una reingeniería, dentro de esta cuarta revolución industrial, las empresas no olviden que aún más importante que el recurso económico, es el bienestar de toda la empresa en general.

1.2.2 Subcontratación de cara a la globalización

El régimen de subcontratación, dio inicio como un modelo en el que las empresas transnacionales daban abasto a su forma de adquirir mano de obra. En el ámbito internacional también aconteció uno de sus primeros esbozos; además, en áreas o funciones específicas se empleaban estas formas de gestión, las funciones de vestido, textil, automotriz y del acero, entre otros. Sin embargo, en las últimas décadas, en razón de los incrementos que se han suscitado con respecto a las prácticas de subcontratación, se extendieron a diversas funciones y en empresas que ya no presentan el carácter de transnacional o internacional, sino que la aplicación de la subcontratación fue adoptada por empresas de capital nacional, incluidas las denominadas pequeñas y medianas empresas, trayendo consigo un aumento en el mercado donde la subcontratación se ha puesto en práctica, es decir, es un servicio más que se encuentra en el mercado disponible para su consumo.

⁴³ Rios, Josep, "El concepto de la REINGENIERÍA aplicado al mundo empresarial del siglo XXI", recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.ub.edu/empresarials/ec/pdfs/12782-ESP-REINGENIERIA.pdf>

Los cambios acelerados de los modelos económicos en los últimos tiempos, así como las nuevas tecnologías y los medios de comunicación, han propiciado modificaciones en las relaciones laborales en los hechos. Términos como flexibilización laboral externa, tercerización laboral, deslaborización de las relaciones de trabajo o trabajo no registrado, son también utilizados para referirse a la subcontratación laboral o *outsourcing*.

En un mundo globalizado, en el que los medios de comunicación, las tecnologías de información, los modelos de producción y los estándares de calidad del mercado son cada vez más exigentes e innovadores, se exige una constante actualización y competitividad eficaz.

“En la actualidad la globalización de los mercados hace más complejo el sistema logístico y su gestión; por ello, es necesario mejorar las condiciones de las compañías productoras o comercializadoras de bienes y servicios que se encuentran participando en un ambiente de negocios internacionales.”⁴⁴

Las empresas que ofrecen servicios y bienes se mantienen orilladas a cumplir con los parámetros que el mercado exige. Diversas formas de gestión y logística han surgido para hacer frente a la adversidad empresarial. Dentro de las variables cargas que una empresa debe enfrentar en su vida existen las fiscales, las de regularización legal, la obtención de materias primas, la de gastos inherentes a su operación, la adquisición de servicios públicos y privados que les permitan realizar sus actividades, las de naturaleza de derecho laboral que adquieran con sus trabajadores que les presten su mano de obra, entre otras.

La globalización ha causado que los mercados busquen nuevas condiciones de gestión y logística ante los retos internacionales e intranacionales.⁴⁵ Dentro de

⁴⁴ Cano, Patricia et al, “Modelo de gestión logística para pequeñas y medianas empresas en México”, en Contaduría y Administración, Vol. 60, núm. 1, enero-marzo 2015, pp. 181-203, recuperado el 21 de marzo de 2018, disponible en https://ac.els-cdn.com/S0186104215721510/1-s2.0-S0186104215721510-main.pdf?_tid=d6085d7c-8500-4668-9136-6fe46a370f4c&acdnat=1521685278_ff7d3678b9abfb9a1a99d3c570020f24

⁴⁵ Ídem

esas condiciones, resulta lógico que se empleen modelos en los que se busque aligerar las cargas y obstáculos que la vida empresarial determina. A la par de las circunstancias que un mercado globalizado genera, dentro de un modelo de mercado neoliberalista, se permea la posibilidad de una amplia gama de posibilidades y nuevas gestiones. Las gestiones de la mano de obra con que se cuente no es la excepción a estas circunstancias de reingeniería empresarial.

“Uno de los postulados fundamentales que el neoliberalismo plantea es el de una absoluta libertad en las relaciones sociales de producción y, en ese sentido, en la contratación asalariada.”⁴⁶

La globalización, los avances tecnológicos y los nuevos modelos de mercado han permeado en las gestiones empresariales, y como consecuencia, en la logística en la trata de mano de obra remunerada.

Las condiciones de mercado evolucionan y se desarrollan a pasos agigantados. Los instrumentos políticos y jurídicos se amoldan a las condiciones de mercado, sociales y económicas. Las necesidades sociales y económicas atienden a una evolución multifactorial, el mercado y sus agentes económicos son consecuencia de esa evolución social.

En el caso que nos ocupa, la práctica de la subcontratación ha permeado en el plano social y económico de manera considerable. Las condiciones de trabajo, una realidad jurídica, social y económica apremiante y en urgencia alcanzar el contexto del mercado internacional son unos de los factores que trajeron consigo la reforma a la Ley Federal del Trabajo en materia de subcontratación o *outsourcing*.

“La iniciativa de Reforma Laboral presentada por el Poder Ejecutivo expone como principales argumentos que el marco jurídico ha quedado rebasado por distintas circunstancias demográficas, económicas y sociales, lo que indica la necesidad de modificarlo para incrementar la

⁴⁶ Loyzaga, Octavio, “Los grandes retrocesos de la reforma laboral”, en El Cotidiano, núm. 178, marzo-abril, 2013, Distrito Federal, pp. 45-51, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Azcapotzalco, recuperado el 18 de abril de 2020, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32527006007>

creación de empleos, elevar la productividad de los ya existentes y sancionar a quienes incurran en prácticas contrarias a la ley.”⁴⁷

De acuerdo al texto citado, las finalidades de la reforma laboral de 2012 eran el incremento de empleos, la elevación de la productividad de los empleos ya existentes y la sanción a aquellos que violaran la ley. En primer término, se advierte que se realizó la reforma laboral con miras a objetivos determinados, justificando los cambios y su necesidad. Al efecto, resulta pertinente resaltar que por cuanto hace a estos objetivos, la reforma existe pluralidad de opiniones en contra de la pertinencia de las acciones y estrategias tomadas. En segundo lugar, fueron las circunstancias preponderantes las que originaron la adecuación del ordenamiento jurídico laboral, para hacer frente a las nuevas realidades. Por último, en un tercer término, la regulación de la subcontratación permitió que se trate de una práctica legal, dentro de los márgenes regulatorios. La observación a estas tres particularidades hacen evidente que con la implementación de la reforma laboral, se pretendía atender a una realidad social, en un contexto de malas condiciones laborales.

Con la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2012, estas situaciones fácticas han dado pie a lo que algunos consideran un retroceso en el avance del Derecho Social y los principios que éste persigue, así como en el trasfondo de los derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente.

1.3 Antecedentes de la legislación laboral en América Latina

Un catalizador muy importante para el desarrollo de la legislación laboral no solo en México sino en toda América Latina, ha sido la fundación de la Organización Internacional del Trabajo. En la década de los años veinte, se inició lo que al final terminaría siendo una ola de ratificaciones de convenios de la OIT, sin embargo, desde antes de su fundación, algunos países ya habían implementado en sus

⁴⁷ Esquivel, Gerardo et al. (coords), “Diseño e implicaciones de la Reforma Laboral de 2012”, en Serie Reformas estructurales: avances y desafíos, núm. 3, diciembre de 2016, recuperado el 26 de marzo de 2018, disponible en <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3402/LABORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

normativas nacionales condiciones laborales propias de este derecho protector de la clase trabajadora. Es el caso de Panamá en 1914, Uruguay en 1915, Ecuador en 1916, México en 1917 en su Constitución y Perú en 1919. El límite máximo a la jornada de trabajo de ocho horas fue lo regulado. Sin embargo, por cuanto a convenios internacionales de la OIT, Cuba empleó lo que se considera una ratificación “en bloque” de estos convenios, en 1918, en menos de dos meses ratificó 16 convenios; y continuó en esa postura, pues para el año 1957, contaba ya con 59 convenios ratificados, siendo el país latinoamericano con mayor número de esos documentos internacionales ratificado.⁴⁸

Esta ratificación en bloque parecía ya una tendencia entre la comunidad internacional latinoamericana, en 1933 Nicaragua ratifica los convenios del 1 al 30; la República Oriental del Uruguay hizo lo propio en el mismo año. A su vez, Colombia en idéntico año ratificó 25 convenios. Seguido de la República de Argentina que en 1933 ratificó nueve convenios, y tres años más tarde lo hizo con respecto a siete convenios más.⁴⁹

Más tarde, dentro de un periodo de doce años, la República Federativa del Brasil ratifica 12 convenios, cuatro de ellos en 1934, otros cuatro en 1936, y los restantes en 1938. Por lo que hace a Venezuela, realiza ratificación de cuatro convenios en el periodo de cuatro años, uno en 1929 y tres en 1933, un paso importante. Por su parte, la República Dominicana ratificó sus primeros cuatro convenios en 1933. Es evidente la forma masiva de ratificación de los convenios que se continúa por parte de las naciones latinoamericanas. Sin lugar a dudas, la fundación de la Organización Internacional del Trabajo significó un parteaguas en la regulación de las normas de trabajo en América Latina; con la adopción de estándares fijados por la Conferencia Internacional del Trabajo, la ratificación por parte de los Estados latinoamericanos, y posteriormente, el inicio de esa codificación normativa laboral, que en 1931 fueron pioneros México y Chile.⁵⁰

⁴⁸ Villasimil, Humberto, “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (PRIMERA PARTE)”, en Revista Latinoamericana de Derecho Social, Volumen 21, 2015, pp. 203-228, recuperado el 03 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870467015000238>

⁴⁹ Ídem

⁵⁰ Ídem

1.3.1 Ley Federal del Trabajo de 1931 en México

Una reglamentación del artículo 123 constitucional, la Constitución de 1917 fue una consecuencia a movimientos sociales y en específico, a la Revolución mexicana. Se trataba de establecer condiciones laborales mínimas, una posibilidad de concebir una vertiente distinta al liberalismo individualista, el discurso social propio del mundo occidental en el siglo XX fue un contexto que recogió la ley obrera de 1931. La ley obrera en comento extiende su regulación con temas apenas tocados en la Constitución, el sindicalismo y el contrato colectivo de trabajo son ejemplos de ello. Por otro lado, reconoce el derecho de huelga, dando apertura a que sea el Estado quien administre o reglamente; y crea a las Juntas de Conciliación y Arbitraje como el organismo para resolver los conflictos económicos y jurídicos.⁵¹

La ley reglamentaba una amplia gama de aspectos, contratos individuales y colectivos; establecía mínimos legales con respecto a las condiciones de trabajo, tales como las horas de trabajo, los descansos legales, salario mínimo, trabajo de mujeres, derecho a participar en las utilidades de las empresas, entre otras.⁵²

Cobra especial interés, que desde el texto original de la Constitución de 1917 en su artículo 123, recoge el concepto de trabajo digno como derecho de toda persona. Esto trae de la mano una nueva concepción de contratación, que se aleja de la tradición imperante hasta entonces; además fija las bases para la creación de una nueva rama del derecho. Esta nueva rama del derecho concebida dentro de los denominados derechos sociales, atribuye al Estado la obligación de garantizar los derechos del trabajo.⁵³ Un artículo constitucional y su posterior ley reglamentaria,

⁵¹ Suárez, William, "La constitución de 1917 y la Ley Federal del Trabajo de 1931", pp. 429-448, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4320/26.pdf>

⁵² Gomez, Rosa, "Panorama del derecho laboral en México", en *Revista Jurídica Derecho*, 2018, vol.7, No. 9, pp. 54-72, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200004

⁵³ Vázquez, Ma. Carmen, "Las nuevas formas de contratación y sus repercusiones en los derechos laborales. Estudio desde el marco jurídico laboral vigente", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 16, 2013, pp. 83-121, Universidad Nacional Autónoma de México, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640271004.pdf>

basados en una filosofía social, al margen de una protección estatal hacia la clase trabajadora. Se establece un sistema normativo en el que atento a las condiciones sociales desiguales, ejerce un mando de autoridad para lograr un equilibrio entre esas clases sociales tan dispares y asimétricas.

Característica de esta nueva legislación es la consideración de la contratación por tiempo indeterminado como una medida estabilizadora de los trabajadores en su fuente de trabajo. Así, la contratación por tiempo indeterminado se convierte en la regla y principio de los tipos de duración de las relaciones laborales; las contrataciones por tiempo determinado y por obra determinada, son consideradas como la excepción. Además, las bases fijadas por el artículo 123 constitucional, hacían evidente que la clase trabajadora era la protegida por el Estado, en mérito de la obligación de éste del cumplimiento y garantía de los nuevos derechos sociales o de segunda generación. Otra particularidad de las bases constitucionales que permearon en la legislación, es el distanciamiento tradicional en materia de voluntad de las partes, pues el Estado impone ahora su voluntad, pues en el tipo de contrataciones de derecho del trabajo, limita la posibilidad de fijar las condiciones en cualquier término, sino que ahora deberán ser con márgenes mínimos, en respeto de la clase trabajadora.⁵⁴

1.3.2 Ley federal del trabajo de 1970

En primer lugar, en la exposición de motivos de esta ley vigente, se logra observar que su artículo 2 y 3 persiguen finalidades muy particulares, y que es precisamente el ideario forjado por el constituyente de 1917 en el artículo 123. La Ley Federal del Trabajo como ordenamiento jurídico, tiene la finalidad suprema de lograr una justicia social, esto al tratarse de relaciones entre sujetos de derecho del trabajo. Así, determina y señala que el trabajo es un derecho y un deber sociales, le niega el carácter de artículo de comercio, esto en razón de que se exige respeto para las libertades y dignidad de quien presta ese trabajo, que no es otra cosa sino la energía humana, además, ese trabajo debe de realizarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia. Por ello,

⁵⁴ Ídem

es evidente la naturaleza social de la ley y sus principios, y que se impone como objetivo, la dignidad del trabajador, su dignidad humana, en aras de unas condiciones propias de un ser humano, en que su vida, salud y condiciones económicas estén garantizadas y sean decorosas, máxime que lo que el trabajador necesita para obtener esos fines, es su trabajo, su mano de obra, su propia energía humana.⁵⁵

En el mismo sentido, se caracterizan las normas de trabajo por ser de orden público, es decir, que se trata de normas y principios que requieren de una tutela jurídica especial, por proteger valores y fines de especial interés para la generalidad social, mismos de los cuales y en ese tenor se limita la autonomía de la voluntad. Se le imprimen a las normas de trabajo el carácter de imperativo, esto es, no queda al arbitrio de los sujetos destinatarios su cumplimiento, excluyendo de estas peculiaridades la renuncia del trabajador, sus derechos, así como beneficios y prerrogativas. Por otro lado, desde la ley de 1931 se definía quién debería de ostentar el carácter de patrón, que se le señalaba así a “toda persona física o moral que emplee el servicio de otra en virtud de un contrato de trabajo”;⁵⁶ es decir, se le considera patrón, a quien en mérito de un contrato de trabajo, utilice los servicios de un trabajador. Por su parte, la ley de 1970, viene a completar un hueco que es de sencilla explicación, en su artículo 10, indica que patrón es toda persona física que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores, es natural que se excluye, por ser indiferente, el elemento del contrato de trabajo, y se sustituye por la utilización de un servicio de uno o varios trabajadores. Esto es, el carácter de patrón no se lo da la celebración formal de un acuerdo de voluntades, sino la vertiente fáctica de ese servicio. Consideración por demás interesante, al atender a aspectos reales de la vida social, en lugar de meros formalismos en los que el patrón pudiere manipular a voluntad, y de los que el trabajador poco o nada sabe.

Por otro lado, la ley regula y define al intermediario, indicando que “es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón”, contenido que difiere de la ley de 1931, pues ésta le arroja tal carácter a “toda persona que contrate los servicios de otras para ejecutar algún trabajo

⁵⁵ Exposición de motivos de la iniciativa de Ley Federal del Trabajo de 1970, recuperada el 06 de febrero de 2021, disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/47/2do/Ord/19681212.html>

⁵⁶ http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=193390&pagina=5&seccion=2

en beneficio de un patrón”. De la comparación de estos textos, se advierte que es la ley de 1970 abarca dos supuestos para que sea considerado intermediario una persona; a saber, el que intervenga en la contratación y el que los contrate, pero sea para que los trabajadores presten sus servicios en beneficio de un patrón, por tanto, es el beneficiario del servicio prestado quien será considerado como patrón. En el caso de la ley de 1931, abarcaba únicamente a aquellas personas que contrate los servicios de otras para realizar en beneficio de un patrón, la ejecución de algún trabajo.⁵⁷

A su vez, el artículo 15 de la ley en análisis, establece la responsabilidad solidaria para el beneficiario del servicio, cuando se trate de una relación laboral de empresas que ejecuten obras o servicios de manera exclusiva o principal para otra, y que no dispongan de elementos propios suficientes para ejecutarlos; así como la obligación de analogía de condiciones de trabajo entre los trabajadores que presten servicios y los trabajadores que ejecuten trabajos similares en la empresa beneficiaria.⁵⁸

De suma importancia es recalcar las fuentes del derecho del trabajo que se establecieron, pues de manera progresiva, es evidente la forma en que la ley de 1970 colmó los vacíos que la de 1931 mantenía. Pues se consideran, además de la costumbre, los principios que se deriven de la ley y la equidad, se señalan también la misma Constitución, las leyes de trabajo y sus reglamentos, los tratados internacionales debidamente ratificados, los principios generales que se deriven de dichos ordenamientos, los principios generales de derecho, los principios generales de justicia social derivados del artículo 123 y la jurisprudencia. Como se puede apreciar que la ley vigente amplía las fuentes formales de derecho del trabajo, y a su vez, queda con mayor precisión y claridad la postura social, además de la finalidad de las normas de trabajo, que es conseguir una justicia social. Asimismo, la norma general de interpretación es la realización de los fines del derecho del trabajo; la justicia social, la igualdad, libertad y dignidad del trabajador así como el objetivo de que el trabajador consiga un nivel de vida decoroso; así como un principio

⁵⁷ Exposición de motivos de la iniciativa de Ley Federal del Trabajo de 1970, Op. Cit.

⁵⁸ Exposición de motivos de la iniciativa de Ley Federal del Trabajo de 1970, Op. Cit.

interpretativo, esto es, cuando haya duda en la interpretación, o en dos posibles hipótesis, deberá prevalecer la interpretación más favorable al trabajador.⁵⁹

Esta nueva ley, aún apegada a los principios de justicia social, de equilibrio entre los factores de producción, reglamenta una nueva consideración con respecto al concepto de relación de trabajo y contrato de trabajo. Admitiendo algún tipo de distinción aparente, pero concluyendo que realmente, son análogos. En este tenor, se establece que tanto una relación de trabajo como un contrato de trabajo, surten los mismos efectos. Al respecto, contrato de trabajo “cualquiera que sea la 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”; lo que en primer término, evita que se escape del imperio de la ley laboral, a cualquier acto de voluntades que tenga como finalidad establecer una obligación de prestar un servicio subordinado; así, un acto jurídico que pretenda plantearse como civil o mercantil, y por ello un intento de evasión de la norma de trabajo; esa tentativa se vería abatida, haciendo las veces de un contrato de trabajo, en virtud de la existencia de subordinación en esa prestación de servicios.

En segundo término, da entrada a la existencia de este acuerdo de voluntades aun cuando se haya manifestado el consentimiento de una manera distinta a la escrita, sépase, de manera verbal o incluso tácita. Lo que viene a estar en relación con el segundo concepto que esta ley incluye y es el de relación de trabajo, al efecto es “...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”; claramente se logra advertir que a raíz de la interpretación de este enunciado normativo, da apertura a que una relación laboral tenga diversas fuentes u orígenes que la hayan causado, y únicamente se deba atender al elemento subordinación en la prestación del servicio de que se trate. Es de fácil comprensión la relación entre estos dos conceptos, máxime que aún, la misma ley, les atribuye los mismos efectos, o lo que es lo mismo, habiendo celebrado un acuerdo de voluntades, ya sea de manera escrita, verbal o tácita, en el que se obligue una persona a prestar un servicio personal y subordinado a cambio de un salario; y el simple hecho de que se esté prestando un servicio

⁵⁹ Exposición de motivos de la iniciativa de Ley Federal del Trabajo de 1970, Op. Cit.

personal subordinado a cambio de un salario, independientemente de su origen, hace las mismas veces, tiene los mismos efectos y consecuencias.

Por último, es rescatable la inclusión de la presunción que se considera en la prestación de un servicio; al efecto, significa que si en los hechos se advierte que una persona presta un servicio personal a otro que lo recibe, en primer lugar es evidente que existe una relación jurídica, en consecuencia, de no haber algún elemento que acredite lo contrario, se presumirá que ese vínculo jurídico se trata del regulado por la ley obrera, por lo que todos los efectos jurídicos serán en términos de la normatividad en comento.⁶⁰

Se amplía la gama de derechos irrenunciables para los trabajadores. Anteriormente considerado como irrenunciables las normas que favorecen a los trabajadores; en la ley de 1970 se considera también así a las prestaciones devengadas, que incluyen los salarios por trabajos prestados o indemnizaciones por riesgos de trabajo.⁶¹

1.3.3 Reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2012

Consistiendo en reformas, adiciones y derogaciones de normas en distintos ámbitos jurídicos, como lo son principios generales del derecho del trabajo, derecho individual del trabajo, derecho colectivo, derecho administrativo del trabajo, normas procesales del trabajo y de previsión social. Una reforma amplia, robusta y trascendental, que por su basto contenido, únicamente se analiza el tema medular de esta investigación. Las finalidades expuestas por el Presidente de la República, al presentar al Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos la Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo con carácter de preferente, lo hizo motivando que era una necesidad reformar el marco normativo laboral, en atención a que la urgencia apremiante de modernizar la legislación obrera. Con argumentos similares a un avance hacia mejores niveles de bienestar, o el favorecimiento a los principios de

⁶⁰ Vázquez Op. Cit.

⁶¹ Exposición de motivos de la iniciativa de Ley Federal del Trabajo de 1970, Op. Cit.

equidad y no discriminación en el trabajo, así como las condiciones diametralmente distintas que México mantenía en el año 2012 a comparación de 1970. En efecto, casi cuarenta años después es que se determinó por reformar en materia de contratación de trabajo, en particular, la subcontratación regulada a partir de ese año. Motivado por una crisis económica internacional en 2008, que según la exposición de motivos, la Organización Mundial del Trabajo (OIT) señaló que entre octubre de 2008 y abril de 2009, esa crisis ocasionó una pérdida de veinte millones de puestos laborales.⁶²

La iniciativa sigue motivando su proyecto de reforma, en opiniones formuladas por representantes de trabajadores y patrones que fueron tomadas en cuenta, para la elaboración de las Conclusiones por parte de los Ministros de Trabajo en el marco del G20, que ese año México presidió, contando con la participación de la OCDE y la OIT; en el documento conclusivo se abordaron temas como el empleo de calidad, las industrias en crecimiento (incluyendo crecimiento verde y empleo juvenil), documento en donde se concretaron estrategias para la generación de empleos, mismo que fue adoptado por los Líderes en su Declaración Final. Particularmente, se determinó que existía la necesidad con carácter de urgente, de ofrecer y generar condiciones de trabajo de calidad a la población, particularmente a los jóvenes. Los argumentos continúan en el sentido de impulsar reformas estructurales con apego total a los principios y derechos laborales fundamentales. La formalidad en los empleos también fue un punto considerado además de su generación. Con una clara preocupación por evitar la informalidad laboral, de la creación de empleos formales, es que se motiva esa iniciativa; y así expresamente se señala:

“Ante este escenario se necesita construir el andamiaje jurídico para que la modernización de la Ley Federal del Trabajo logre sus objetivos fundamentales: primero, promover la generación de más empleos y segundo, lograr que aquellas relaciones laborales que se desarrollan en la informalidad, se regularicen y transiten al mercado formal”.⁶³

⁶² Proceso Legislativo, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, recuperado el 06 de febrero de 2021, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/005_DOF_30nov12.pdf

⁶³ http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/005_DOF_30nov12.pdf

De lo anteriormente citado, se advierte la clara angustia por el ejecutivo federal de generar condiciones de formalidad; evitar la formalidad en los nuevos empleos, y trasladar de la informalidad a la formalidad a las personas ya ocupadas. Todo esto en un marco de altas tasas de desempleo, crisis económicas mundiales, etc. Todo parece indicar que la generación de empleos es un tema prioritario en la agenda de esta iniciativa. La subcontratación fue regulada a partir de la aprobación de esta iniciativa, y de la manera en que se explicó en la misma que era menester establecer condiciones de formalidad, la subcontratación fue la respuesta y la forma en que se quisieron generar esas finalidades.

A manera de resumen, y para una mayor ilustración, a continuación se muestra una tabla comparativa en donde resaltan los aspectos sustanciales que implican cada uno de los antecedentes de la legislación laboral:

Legislación	Contenido sustancial de la reforma
1931	- Sindicalismo. - Contrato Colectivo de Trabajo. - Derecho de Huelga. - Creación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje. - Mínimos legales respecto de condiciones de trabajo (horas de trabajo, descansos legales, salario mínimo, trabajo de mujeres, derecho a participación en las utilidades). - Trabajo digno. - Contrato de trabajo por tiempo indeterminado como regla general. - Consideración de patrón a toda persona física o moral que emplee el servicio de otra en virtud de un contrato de trabajo. (Consideración formal). - La costumbre como fuente del derecho del trabajo. - Se considera como irrenunciables las normas que favorecen a los trabajadores.

1970	- Finalidad de la ley en lograr una justicia social. - El trabajo es un derecho y un deber sociales. - El trabajo no es un artículo de comercio. - Exige respeto para las libertades y dignidad humana de quien presta el servicio. - Las normas de trabajo se conciben como de orden público. - Consideración de patrón a toda persona física o moral que utilice el servicio de uno o varios trabajadores. (Consideración fáctica). - Definición de intermediario. - Fuentes del derecho del trabajo: los principios que se deriven de la ley y la equidad, se señalan también la misma Constitución, las leyes de trabajo y sus reglamentos, los tratados internacionales debidamente ratificados, los principios generales que se deriven de dichos ordenamientos, los principios generales de derecho, los principios generales de justicia social derivados del artículo 123 y la jurisprudencia. - La norma general de interpretación es la realización de los fines del derecho del trabajo: justicia social, igualdad, libertad y dignidad del trabajador, que el trabajador consiga un nivel decoroso. - Principio interpretativo <i>in dubio pro operario</i>. - Analogía entre relación de trabajo y contrato de trabajo. - Se consideran como derechos irrenunciables además de las normas que favorecen a los trabajadores, las prestaciones o indemnizaciones por riesgos de trabajo.
2012	- Inclusión de la subcontratación, motivada en la generación de empleos, modernización de la Ley, formalización de empleos informales, etc.

1.4 Licitud de la subcontratación como reingeniería empresarial

Se admite que los particulares buscan en general siempre realizar menos gastos de manera habitual, y mayores ingresos y ganancias. Según entiende por empresa Antonio Faúndez Ugalde, es “una unidad económica de producción”, que busca de forma reiterada la manera de obtener una mayor eficiencia productiva y financiera cada vez.⁶⁴ Por razones obvias, y vinculadas a esa mayor eficiencia productiva y financiera, dentro del universo de actividades que una empresa o sujeto en general puede realizar, una es procurar el mayor beneficio en sus actividades. Se aduce que se intenta que recaiga sobre una persona o empresa la menor carga posible en general, debido a que es natural, que, en razón de sus actividades comerciales, se persigue el mayor beneficio para quien realiza esas actividades, es evidente que lo busque mediante la actividad a que se dedique.

Así las cosas, dentro de las actividades que la normatividad jurídica permite, con la finalidad lícita de buscar y conseguir un ahorro a cualquier tipo de carga, existen aquellas conductas realizadas por sujetos que se benefician de un servicio personal y subordinado prestado por alguien más, que estos pueden mantener una relación de carácter laboral con otro agente.⁶⁵ Además, de este tipo de relación, de la cual emanan derechos y obligaciones, también puede haber conductas que la legislación permita realizar a los sujetos que se benefician de la mano de obra, y que implique la finalidad o intención de conseguir un ahorro (o supresión) en las cargas patronales. Dentro de las actividades que puede constituir tal objetivo, es la denominada subcontratación u *outsourcing*. El contratante, aun cuando es quién se beneficia del servicio personal y subordinado prestado por el o los trabajadores, carece del carácter de patrón, por tanto, de las obligaciones que le serían inherentes. La problemática a

⁶⁴ Faúndez Ugalde, Antonio, “Reorganización empresarial y planificación tributaria”, *Centro de Estudios Universitarios*, Universidad de Chile, pp. 173-187, recuperado el 24 de febrero, de <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RET/article/download/40723/42283>

⁶⁵ Aguilera Bustos, Liliana y Hernández Galindo, Edgar Alonso Alan, Proyecto de estudio para la adecuación de la subcontratación en las empresas mexicanas, México, 2009

este tipo de actividades que en búsqueda de un ahorro o descarga de obligaciones por parte del mandante, ocurre en detrimento de la mano de obra que se suministra.⁶⁶

De esta forma, en un marco neoliberal, el Estado ha dado paso a un mercado libre, en el que sus agentes tienden a actuar sin restricciones. A partir de los años 80, debido a una inflación en la moneda, una deuda externa impagable y un déficit público en el gobierno, se han desarrollado condiciones de apertura de mercado. A raíz de estas condiciones desfavorables para el mercado, en un ambiente donde la informalidad se expandía cada vez más, mantenía aspectos de altas tasas de desempleo, pobreza, precariedad laboral, desigualdad de género, entre otros. De esta manera, el Estado flexibiliza las funciones de la sociedad civil, dedicándose a tareas administrativas y menos restrictivas para el mercado.⁶⁷

En este ámbito neoliberal, gracias a una consolidación de políticas que garantizan cada vez más un tránsito libre de capitales, a costa de una reducción en los derechos laborales. Nuevas formas de flexibilidad laboral, relaciones laborales débiles y subcontratación de tareas, son aspectos que pueden implicar una reingeniería laboral.⁶⁸

Por tanto, la reingeniería laboral, reingeniería empresarial o reingeniería de gestión (por nombrar algunos de los términos utilizados) son manifestaciones de la libertad con que cuenta cualquier persona en un contexto de libertad como derecho fundamental. El derecho fundamental a la libertad dentro de un Estado constitucional es imprescindible para la efectividad de muchos otros derechos, y en general, para la vida misma en la colectividad y en el plano individual.

⁶⁶ Olave Castillo, Patricia, "Subcontratación laboral: el caso "perverso" de suministro de trabajadores en Chile", en *Dimensión Económica*, Instituto de Investigaciones Económicas, Vol. 1, núm. 2, enero-abril, 2010

⁶⁷ Reyes, Rafael y Solís, Pedro, "La adaptación de la pequeña empresa al neoliberalismo", en *Recherches en Sciences de Gestion*, vol. III, no. 8, 2016, pp. 59-86, recuperado el 09 de diciembre de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.3917/resg.111.0059>

⁶⁸ Zabala, Gloria y Vidal Paula, "El trabajo bajo el neoliberalismo: subcontratación en una universidad estatal chilena", en *Polis*, 54, 2019, recuperado el 09 de diciembre de 2020, disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/18186>

Capítulo II. Análisis de la subcontratación en la legislación nacional

La subcontratación, incorporada a la ley laboral como consecuencia de la formalización de la dinámica de reingeniería empresarial existente a nivel global, consiste en la existencia de una relación contractual diversa a la laboral entre dos sujetos, personas físicas y/o morales, que involucra la actividad desarrollada por trabajadores, que subordinados a uno de esos sujetos (contratista), prestan servicios para otro denominado contratante, sin existencia de responsabilidad laboral alguna para el segundo; y si bien, el legislador la regula e intentó justificar que no se daría a lugar a la simulación, en la práctica actual, constituye uno de los mecanismos más utilizados para reducir los costos laborales, dando lugar a empleos precarios, en perjuicio de los trabajadores del país, generándose de esta manera una flagrante violación a los derechos humanos de estos trabajadores.

La configuración regular de una relación de trabajo, se desarrolla entre dos sujetos, el trabajador y el patrón. El primero de los mencionados presta su servicio personal y subordinado en favor del patrón, a cambio de un salario, siendo éste último el obligado a realizar ese pago. Así lo establece el artículo 8 en relación con los diversos artículos 10 y 20 de la Ley Federal del Trabajo. Que establecen que trabajador es quien presta su servicio personal y subordinado; y que patrón será quien utilice los servicios de uno o varios trabajadores, a cambio del pago de un salario. Se entiende que la relación laboral se da entre los sujetos que prestan servicios y quienes lo reciben. El pago del salario es la contraprestación que se debe realizar al existir una relación laboral.

Se advierte una distinción entre la relación laboral y el régimen de subcontratación entre los sujetos que participan, y las obligaciones que se generan en ambas relaciones jurídicas. En primer lugar, la relación laboral mantiene la existencia de dos sujetos, trabajador y patrón; quienes son acreedores y deudores recíprocos de las obligaciones y derechos que se generan, principalmente el servicio personal subordinado frente al pago de un salario.

En contraposición, el régimen de subcontratación, configura una relación atípica y asimétrica que no se puede consolidar frente a los cánones rectores del derecho laboral y el derecho social. Los sujetos que intervienen dentro de la subcontratación son el trabajador, el contratista y el contratante. El primero de ellos es quien aporta su mano de obra y quien es acreedor del pago del salario. En segundo lugar, el considerado patrón, es el denominado contratista, quien se hace cargo de las obligaciones laborales, tales como el pago del salario, así como el resto de las que se derivan de una relación laboral (aunque no se considere una relación laboral regular), el tercer sujeto es el contratante, quien solicita al contratista le suministre mano de obra mediante una relación de carácter civil, una prestación de servicios, el suministro de mano de obra por medio de los trabajadores con quienes guarda la relación laboral el contratista, a cambio del pago de unos honorarios. La subordinación permite entonces que quien utilice y se aproveche de la mano de obra prestada por los trabajadores no se le considere patrón, sino únicamente contratante. El contratante no paga un salario a cambio de esa mano de obra recibida, sino unos honorarios a quien le suministró esa mano de obra, el contratista, no a los trabajadores. Quien recibe el pago de los honorarios por la mano de obra suministrada, el contratista y patrón, es quien realiza el pago del salario a los trabajadores.

Se configura una operación de intermediación entre los sujetos que se benefician de las prestaciones principales: la mano de obra, y el salario. Independientemente de quién sea denominado patrón, en el caso de la subcontratación no es éste quien se beneficia de la mano de obra, sino el denominado contratante. El contratista y también considerado patrón, interviene como intermediario entre los sujetos que reciben las prestaciones esenciales, y es éste sujeto quien hace llegar a los otros dos sus respectivas prestaciones, haciéndose cargo además de las obligaciones laborales inherentes a una relación laboral. La mano de obra que suministra al contratante lo hace por medio de los mismos trabajadores que tiene a su cargo, mano de obra que cabe recalcar, no le pertenece a nadie más que a los trabajadores mismos. Y el pago de su salario lo hace derivado de los ingresos que perciba por parte los honorarios pagados por el contratante, honorarios que paga a cambio de la mano de obra suministrada y de la que se

beneficia. El salario que paga el contratista a los trabajadores es deducido del capital y patrimonio social con que realiza sus operaciones, como empresa que se dedica a el suministro de mano de obra, por lo que recluta trabajadores para que presten esa mano de obra ante los contratantes que la solicitan.

La práctica de la subcontratación, se hace a manera de una reingeniería empresarial por parte del considerado contratante, quien de manera muy favorable logra evadir las obligaciones laborales inherentes a la relación laboral, sin que ello le impida recibir los beneficios de la misma, esto es, la prestación de mano de obra.

En suma, si se utiliza a la subcontratación como forma de simulación de una relación jurídica, en la cual se desvía las obligaciones del que debería de ser considerado patrón, ese desvío se realiza para que se concrete de manera jurídica, es decir, considerando en la relación laboral a un sujeto distinto al que se aprovecha de manera directa de la mano de obra; y a su vez se trata de una simulación que obstaculiza materialmente se concreten y hagan efectivos derechos reconocidos mediante procedimientos jurisdiccionales. Al considerar al contratista como patrón, y mantener un patrimonio ajustado y controlado de acuerdo a sus propios fines de simulación, se vuelve imposible la ejecución de de esa resolución definitiva por ser insolvente o insuficiente el patrimonio del deudor. La esfera jurídica de los trabajadores se encuentra en incertidumbre e inseguridad jurídica ante tales circunstancias.

2.1 Legislación nacional

Surge la necesidad de aproximarnos a la letra de la legislación actual, específicamente al artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo, que en la parte que nos interesa postula: “Artículo 3.- El trabajo es un derecho y un deber sociales. No es un artículo de comercio...”

El trabajo no es un artículo factible de traficar, lo que implica que se prohíbe “comercializar” con él, es decir, con la mano de obra, a diferencia de ello, es un

derecho, y un deber social, no un producto más en el mercado con el que se pueda negociar. En palabras de Brunhoff:

“En el modo de producción capitalista, el trabajador no es un esclavo. Es “libre” de vender su capacidad de trabajo. Está obligado a ello porque carece de los medios para establecerse por su cuenta. Vende su fuerza de trabajo a un capitalista, quien usa su carácter excepcional: el de producir valor bajo la forma de mercancías.”⁶⁹

Se afirma lo anterior, pues se defiende la postura de que el trabajo o mano de obra de un trabajador, le pertenece a él y solo a él, por tanto, él es quien debe de obtener todos los beneficios derivados de su trabajo, como lo son el salario, y los diversos derechos que se generan de la prestación de su mano de obra. No obstante este principio, la Ley Federal del Trabajo regula una figura jurídica que parece ser contradictoria a la vertiente expuesta. La figura denominada subcontratación u *outsourcing*, normada por los artículos 15-A y siguientes, y es definida como:

“Artículo 15-A...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.”

Independientemente de que para configurar esta figura, se deban cumplir ciertos requisitos, lo que importa en este caso es la realización y estructura de esta subcontratación. Primeramente encontramos a un contratista, que es quien la ley obrera denomina como patrón, mismo que tendrá bajo su dependencia a uno o varios trabajadores, con los que éste contratista guardará la relación laboral para con ellos, con todas las obligaciones inherentes a esa relación obrero-patronal; en segundo lugar, tenemos que éste contratista prestará servicios por medio de esos trabajadores en favor de otra persona, denominada contratante, quien se beneficiará de la

⁶⁹ Suzanne Brunhoff, “Valor de la fuerza de trabajo, salario e intervención del Estado”, Comercio Exterior, vol. 32, núm. 5, mayo de 1982, pp. 548-553.

prestación de esos servicios, de esa mano de obra; y por último observamos que se incluyen en la fórmula a los trabajadores que proporcionan su mano de obra, en favor del que se denomina contratante, quien les supervisa los servicios, pero con dependencia directa del contratista.

“Las relaciones de subcontratación se presentan cuando un patrón (o empresa), denominado contratista, ejecuta obras o presta servicios con sus trabajadores a favor de una empresa contratante, que fija y supervisa las tareas del contratista.”⁷⁰

De esta figura, encontramos varias contradicciones con la misma Ley Federal del Trabajo, sin embargo nos ocuparemos únicamente al concerniente a la mano de obra de los trabajadores, por cuanto a si existe una contradicción con el artículo 3 anteriormente citado.

La figura de la subcontratación permite que la relación laboral se configure de una manera atípica, a distinción de cómo la habíamos conocido de acuerdo a su concepción social, con respecto a los agentes que intervenían, el capitalista y el obrero. Desde el concepto de patrón en el artículo 10 de la ley, se advierte que se le atribuye el carácter de patrón a aquella persona física o moral, que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores.

Esto significa, que el perfil de patrón de un sujeto no se lo otorga un formalismo o un documento denominado contrato de trabajo, ni de relación de trabajo, ni cualquier otro título que se le asigne, de acuerdo con el numeral 20 del mismo ordenamiento obrero. En consonancia con este último precepto, y en relación con el 10, habrá relación laboral, independientemente del acto que le dé origen o cómo se le designe al pacto de voluntades, cuando una persona preste su servicio personal subordinado en favor de otra, a cambio de un salario. Ésta persona beneficiada por la mano de

⁷⁰ Martínez, Jesuswaldo, "Alcance de la reforma laboral de 2012 y decisiones legislativas pendientes en la materia", Cuaderno de investigación Temas estratégicos, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, marzo de 2015, http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1891/CI_6_DGIE.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 27 de marzo de 2018

obra será denominado patrón, quien deberá de pagarle un salario, el salario debe de ser pagado cuando se presta un servicio subordinado en su favor..

Ahora bien, el sujeto que hemos descrito como patrón, de acuerdo a la sistematización de los artículos 10 y 20, es lo que se conoce como la forma tradicional de la relación de trabajo, pero con la inclusión de la subcontratación, se rompe dicha relación bilateral, en la que ahora interviene un nuevo sujeto, que viene a compartir, junto con otro que no es trabajador, las obligaciones que inicialmente eran arrojadas al patrón. El nuevo sujeto que interviene, denominado ahora contratista, es un eslabón que interviene entre el o los trabajadores, y el sujeto que se beneficia de la mano de obra de esos trabajadores. La nueva figura le quita el carácter de patrón a ese beneficiario y receptor de la mano de obra, para ahora denominarle contratante; sigue obteniendo todos los frutos de la mano de obra, pero se deslinda de las obligaciones laborales, pues únicamente pagará una cantidad pactada con el contratista, por haberle facilitado dicha mano de obra, y guardar con los trabajadores la relación laboral, con todas las obligaciones laborales que ello implica, así como de seguridad social; esa relación entre el contratante y contratista, el pago pactado por la facilitación de la mano de obra, puede ser regulada por el derecho civil, constituyendo entonces el pago de honorarios en favor del contratista.

El nuevo patrón o contratista, se hace cargo de las obligaciones laborales, de pagar el salario, de cumplir con las obligaciones de seguridad social, obligaciones fiscales y todas aquellas que de una relación laboral se deriven. Cobra especial relevancia la del pago del salario. Dicho pago lo hace el nuevo patrón o contratista, retribución proveniente de los honorarios que el contratante y beneficiario del servicio le hace en virtud de la relación de naturaleza civil que anotamos. Sin embargo, dicha obligación de pago, rompe también con el modelo tradicional, pues aun cuando paga el salario, no es quien se beneficia de la mano de obra prestada por los trabajadores.

“...no deja de tratarse de una simple y llanamente simulación y un descargo de responsabilidad laboral para el verdadero patrón, que es la supuesta empresa beneficiaria o contratante.”⁷¹

Los incisos del artículo 15-A, únicamente señalan las condiciones para que se pueda configurar la subcontratación.

- 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 lo anterior, se advierte que para que se exige primeramente, que el contratante que solicite la mano de obra por medio del contratista, lo haga de manera que no pueda abarcar la totalidad de las actividades que realiza en su centro de trabajo o empresa; además, el servicio subcontratado deberá de ser especializado, esto es, que se trate de funciones que exigen conocimientos técnicos y una preparación determinada para realizarlas; por último, el trabajo subcontratado debe de ser distinto a las actividades que se realizan en la empresa del contratante por otros trabajadores a su servicio, ni aunque sean análogas o similares.⁷²

Si no se cumplen todos los requisitos, el contratante será considerado como patrón, para todos los efectos de la Ley laboral, con todo y las obligaciones de seguridad social. El último párrafo del precepto legal en análisis, exige una serie de condiciones para que se configure la subcontratación, justificando su necesidad en la

⁷¹ Octavio Loyzaga, “Los grandes retrocesos de la reforma laboral”, El Cotidiano, núm. 178, marzo-abril de 2013, pp. 45-51.

⁷² Martínez, Jesuswaldo y Cabestany Gabriela, Diseño e implicaciones de la Reforma Laboral de 2012, Gerardo et al. (coords), Reformas estructurales: avances y desafíos, núm. 3, México, 2016, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, recuperado el 26 de marzo de 2018, disponible en <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3402/LABORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

especialización de las funciones subcontratadas, en miras a una alza en la competitividad y la calidad de sus servicios. A este respecto, no se niega la posibilidad de un beneficio en estos estándares, pues tratándose de una empresa que se dedica únicamente a un servicio específico y técnico, tendrá mayores posibilidades de lograr una experticia en ese sector productivo. La capacitación y adiestramiento puede ser enfocada en esa única rama industrial a la que se dedica, y del servicio que presta. Sin embargo, este beneficio en materia de productividad y especialización, no supera el menoscabo que ocasiona en los derechos de los trabajadores. Se considera así, ya que, como bien lo indica la misma ley obrera en su artículo 132 fracción XV:

“Son obligaciones de los patrones: ...XV.- Proporcionar capacitación y adiestramiento a sus trabajadores, en los términos del Capítulo III Bis de este Título.”

De lo anterior se advierte, que de manera esencial, el patrón que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores, ya cuenta con la obligación de capacitar y adiestrar a sus trabajadores, y en términos del numeral 153-A en su primer y segundo párrafo, señala las posibilidades en que el patrón puede cumplir con esa obligación, siempre en miras a provocar en los trabajadores una competencia laboral, y una productividad ideal.

“Artículo 153-A. Los patrones tienen la obligación de proporcionar a todos los trabajadores, y éstos a recibir, la capacitación o el adiestramiento en su trabajo que le permita elevar su nivel de vida, su competencia laboral y su productividad, conforme a los planes y programas formulados, de común acuerdo, por el patrón y el sindicato o la mayoría de sus trabajadores.

Para dar cumplimiento a la obligación que, conforme al párrafo anterior les corresponde, los patrones podrán convenir con los trabajadores en que la capacitación o adiestramiento se proporcione a éstos dentro de la misma empresa o fuera de ella, por conducto de personal propio, instructores especialmente contratados, instituciones, escuelas u organismos

especializados, o bien mediante adhesión a los sistemas generales que se establezcan.

...

De la transcripción recién elaborada, se hace evidente que la obligación de proporcionar capacitación y adiestramiento con fines de productividad y competencia laboral, ya existe en la ley, y ya existía la posibilidad de que esa productividad y competencia laboral fuera cada vez más especializada incluso sin necesidad de que sea proporcionada directamente por el patrón, la misma legislación laboral permite que pueda ser proporcionada por la misma empresa por conducto de personal propio, instructores especialmente contratados para ello, instituciones, escuelas u organismos especializados, esto es, de manera esencial, la especialización y competencia laboral puede ser mejorada y robustecida mediante la constante capacitación y adiestramiento que proporcione el patrón con el auxilio de organismos públicos o privados que cuenten con esa especialización y conocimientos técnicos. Nada novedoso resulta entonces que el aumento de la productividad pueda o tenga que afinarse y mejorarse con el uso de la subcontratación. Es evidente que aun cuando se aceptan los aspectos benéficos que una especialización en alguna tarea de la cadena productiva pueda generar en una empresa, por ser otra empresa que se dedica únicamente a prestar determinado servicio especializado, no se justifica el traslado de obligaciones laborales, ni la configuración tripartita de la subcontratación. La obligación de aumentar la competencia laboral y la productividad, así como la posibilidad de auxiliarse de terceras personas para que la proporcionen por contar con esos conocimientos especializados, ya era posible por medio de la capacitación y adiestramiento.

Amén de lo anterior, el inciso b) del artículo 15-A, indica que el carácter especializado de las obras subcontratadas deberán de justificarse, empero, omite señalar bajo qué criterio y quién será el encargado de pronunciarse sobre esa justificación. Es claro que ante un conflicto en sede jurisdiccional, el que se pronunciaría para decantarse acerca de esa justificación, sería el tribunal laboral. Sin embargo, es menester que una justificación y su autorización sea validada *a priori* al uso de la subcontratación, para que efectivamente se eviten posibles simulaciones

acerca de la necesidad y justificación de esa especialización, y en consecuencia un traslado de obligaciones laborales.

En el mismo sentido, la prohibición de que la subcontratación comprenda tareas iguales a las que se realicen por otros trabajadores del contratante, sigue el mismo principio de justificación de la especialización en las funciones subcontratadas. Si eso fuera posible, se dejaría de cumplir con ese requisito. Es decir, los incisos b) y c) del artículo 15-A persiguen el mismo fin, en ellos se evita la posibilidad de que una empresa utilice la mano de obra subcontratada con fines de evitar una evasión de responsabilidades patronales. Sin embargo, por las razones ya recalçadas, es inútil la medida, aun cuando se pretenda justificar con la necesidad de aumentar la productividad. Por lo que hace al inciso a) del mismo artículo, se prohíbe utilizar mano de obra subcontratada en toda las actividades de la empresa. Esto con la finalidad de prohibir también la traslación de las obligaciones laborales.

Siguiendo el hilo argumentativo, es pertinente pronunciarse al respecto del diverso artículo 15-B de la Ley obrera, que a la letra dice:

“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.”

Por un lado, el primer párrafo del artículo exige la obligación de que un contratante que solicite la mano de obra subcontratada de un contratista, se manifieste la voluntad de manera escrita, formalidad que persigue que haya certeza cuando la subcontratación se configure. Al respecto cabe señalar que se impone la obligación de un acuerdo de voluntades con el requisito de haberse expresado por un medio que en nada ayuda a dar certeza y seguridad jurídica a los trabajadores. La existencia del pacto de voluntades por escrito, aparentemente podría hacer ver que al momento de subcontratar mano de obra, pudiera demostrarse quién es el

verdadero patrón (para el caso de la subcontratación, el contratista), sin embargo, ante una simulación coaligada entre el contratante y contratista, ese contrato puede elaborarse en cualquier momento con cualquier fecha y por los servicios que ellos deseen en cualquier momento, como puede ser el caso de la necesidad de exhibirlo en juicio ante la autoridad jurisdiccional laboral. Caso distinto sería si se exigiera algún tipo de registro o depósito con respecto al contrato, así como una autorización o certificación por parte de autoridad administrativa que haga constar los requisitos que se exigen para la subcontratación.

Lo mismo sucede por parte del segundo párrafo del numeral en comento. El deber arrojado al contratante de asegurarse de que el contratista y patrón cuenta con la documentación y elementos propios necesarios para cumplir con sus obligaciones; resulta también inadecuado e inútil que depende del contratante esa corroboración, pues en una eventual ficción contractual orquestada entre el contratante y contratista, los trabajadores nunca pueden asegurarse de que sus derechos serán respetados, garantizados y cumplidos. Toda vez que como se subraya, el contratante y contratista pueden libremente maquinar un documento con nombres, contenido y fecha falsas, así como una aceptación de esa documentación y elementos que el contratista debe tener, una aceptación vacía, infundada y en todo caso innecesaria para operar.

En atención al diverso numeral 15-C, que a la letra dice:

“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”.

Se arroja la obligación hacia el contratante para que el contratista y patrón cumpla con sus obligaciones en materia de seguridad, salud y medio ambiente, respecto de sus trabajadores. Esta obligación resulta oscura y vaga, lo anterior es así,

ya que la mano de obra subcontratada, puede ser prestada en las instalaciones del contratante, con sus herramientas y elementos, por lo que la seguridad, salud y medio ambiente dependería en este caso del contratante y beneficiario del servicio subcontratado. Es la manera más natural, toda vez que por un lado, la legislación laboral no prohíbe que se haga en las instalaciones del contratante; y por otro, el mismo artículo 15-A define que el contratante fija las tareas y supervisa el desarrollo y ejecución de ellas, por lo que su presencia es evidente y elemental. Este artículo en análisis únicamente cobraría utilidad, si los servicios se prestaran en las instalaciones del contratista, hipótesis en que sí puede depender del contratista esas condiciones. El segundo párrafo establece la posibilidad de que se cumpla con esa obligación mediante una unidad de verificación debidamente acreditada y aprobada. Se insiste en que esta hipótesis únicamente cobra relevancia cuando las tareas subcontratadas son prestadas en las instalaciones del contratista. Sin embargo, en nada abona a otorgar certeza y seguridad jurídica a los trabajadores que presten sus servicios en el régimen de subcontratación. Esto es así, toda vez que el artículo 132 arroja la obligación original hacia el patrón, de cumplir con las obligaciones en materia de seguridad, salud y medio ambiente, específicamente en sus fracciones XVI y XVII, que de manera ilustrativa se transcriben a continuación:

“Artículo 132. Son obligaciones de los patrones:

I.- a XV.- ...

XVI.- Instalar y operar las fábricas, talleres, oficinas y demás lugares en que deban ejecutarse las labores, de acuerdo con las disposiciones establecidas en el reglamento y las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, a efecto de prevenir accidentes y enfermedades laborales. Asimismo, deberán adoptar las medidas preventivas y correctivas que determine la autoridad laboral;

XVI Bis.- ...

XVII.- Cumplir el reglamento y las normas oficiales mexicanas en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, así como disponer en todo tiempo de los medicamentos y materiales de curación indispensables para prestar oportuna y eficazmente los primeros auxilios;

...”

De lo anterior, se hace evidente que es igualmente innecesaria la inclusión de este artículo, toda vez que como ya lo conceptualiza la misma ley obrera, el contratista es el patrón de los trabajadores, por consiguiente, es el deudor de las obligaciones contenidas en el artículo 132 y todas las inherentes a su carácter de patrón, por lo que el señalamiento de que el contratante deba asegurarse del cumplimiento de las obligaciones de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, mediante una unidad de verificación acreditada, es ociosa e inútil, y en nada ayuda a la satisfacer los derechos de los trabajadores. Pretender aparentar una garantía para hacer efectivas determinadas circunstancias, pero que ya existen en la ley, y se deben de cumplir por parte del patrón, en uso del régimen de subcontratación por parte del contratista y patrón; como fuera de ese régimen, en la configuración de una relación laboral clásica, por el patrón.

Por otro lado, la misma Ley Federal del Trabajo en su artículo 12 concibe define la figura del intermediario, señalando que “Intermediario es la persona que contrata o interviene en la contratación de otra u otras para que presten servicios a un patrón”; se aprecia que el contratista, es un tipo de intermediario, pues contrata trabajadores para que presten servicios; además, esos servicios son prestados en favor del contratante, por lo que el mismo artículo 12 le arroja esa cualidad al beneficiario de los servicios. Si el contratista es un tipo de intermediario, es lógico que hay al menos otro tipo, es aquel que interviene en la contratación de trabajadores para que presten sus servicios a un patrón. Tal es el caso de las agencias de colocación, bolsas de trabajo, entre otros.

Continuando con el hilo argumentativo, el artículo 13 establece quiénes serán considerados como patrones y no como intermediarios, y la hipótesis para ello. Es pertinente citar textualmente el numeral en comento:

“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”.

El artículo 13 le quita la condición de intermediario y le arroja la responsabilidad patronal a aquellas empresas que tengan elementos propios suficientes para ejecutar los trabajos. Y para el caso de que no cuenten con esos elementos suficientes para ejecutar los trabajos y cumplir con las obligaciones, mantendrán una responsabilidad solidaria con los beneficiarios directos de las obras o servicios. Esto resulta contradictorio con la obligación del contratante de supervisar que el contratista cumpla con las disposiciones en materia de seguridad, salud y medio ambiente, toda vez que si el contratista pero que también es intermediario, realiza las funciones sin elementos propios para ejecutarlas, y además se ejecutan en el establecimiento del contratante, deja de ser considerado patrón el contratista, y únicamente adquiere una obligación solidaria; de tal suerte que la obligación de cumplir con las disposiciones en materia de seguridad, salud e higiene resulta por demás oscura.

“...al establecer que será el beneficiario quien supervise que su prestador de servicios cumpla con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo respecto de sus trabajadores, le libera del cumplimiento por su parte de tales disposiciones, lo que es particularmente grave si los trabajos se realizan en el lugar o instalaciones en donde el beneficiario realiza sus actividades, lo que además vuelve nugatoria, en perjuicio de los trabajadores, la obligación solidaria que tendría con su prestador de servicios, según lo establecido en el artículo 13 de la Ley Federal del Trabajo...”.⁷³

Así, se advierte otra antinomia entre las normas que regulan la subcontratación, en específico el artículo 15-C y lo establecido en el diverso numeral 13. Se afirma lo anterior, toda vez que de la lectura del artículo 13, niega la posibilidad de que sea considerado intermediario, aquellas empresas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios.

Por su cuenta, el artículo 15-D establece la consecuencia jurídica ante el uso del régimen de subcontratación con la finalidad de disminuir derechos laborales,

⁷³ Quiñonez, Carlos y Rodríguez, Salvador, “El trabajo no es artículo de comercio”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2013, pp. 65-83, recuperado el 28 de mayo de 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9717/11745>

misma que se encuentra en el artículo 1004-C que se señala. Para mayor ilustración, se cita textualmente:

“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.

...

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 la Unidad de Medida y Actualización.”

Al efecto, cabe recalcar que se pretende hacer patente el resultado ante una transferencia de trabajadores de la contratante a la contratista, cuando se haga con la finalidad de disminuir derechos, y la transferencia de trabajadores sea de manera deliberada; siendo la imposición de una multa en el parámetro indicado. Sin embargo, es de recalcar que, el régimen de subcontratación habla de una prestación de un servicio subcontratado por parte del contratista mediante los trabajadores en favor del contratante; pero no implica necesariamente una transferencia de trabajadores ni sustitución patronal o figura análoga. Es decir, las mismas normas laborales abren la posibilidad de una transferencia, traslado o recolocación de los trabajadores de una empresa hacia otra, pero el origen de esa transferencia, sería el beneficiario del servicio prestado cuando se concrete la transferencia; lo que se estatuye es, tratándose de una transferencia, el antiguo patrón, vendría ser ahora el contratante dentro de la subcontratación, y en todo caso, sigue siendo el beneficiario de la prestación del servicio. Parece ser que la misma ley concibe esa posibilidad, que en todo caso, rompe con la autonomía de la voluntad de la contratación, toda vez que el trabajador, si ya mantenía una relación jurídica con el sujeto original, el antiguo patrón y futuro contratante; el término empleado, correspondiente al verbo “transferir” implica una conducta activa por un sujeto sobre “algo” o alguien transferido, sin que implique la participación del sujeto transferido, pues en ese caso se tratará de una modificación en las condiciones, situación que implicaría necesariamente la voluntad de ambos

sujetos. Al efecto, el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el verbo de la siguiente manera:

“Del lat. *transferre*.

1. tr. Pasar o llevar algo desde un lugar a otro.
2. tr. diferir (ll aplazar).
3. tr. Ceder a otra persona el derecho, dominio o atribución que se tiene sobre algo.”⁷⁴

Toda vez, que de la interpretación del verbo en cuestión, se infiere que la misma ley permite una alteración en las condiciones de trabajo o en la relación jurídica laboral, sin la participación del trabajador, sin que su voluntad sea necesaria. Esto es así, ya que si bien el artículo 15-D prohíbe esa transferencia de manera deliberada con la finalidad de disminuir derechos laborales; consecuentemente permite una transferencia cuando no se haga de manera deliberada, o si se hace con otros fines, pero en cualquier caso, esa “transferencia” rompería con el principio de la autonomía de la voluntad, al permitir que una situación jurídica existente sea alterada sin el consentimiento del trabajador, además de que como se ha venido arguyendo, la mera existencia y configuración de la subcontratación es una figura que menoscaba los derechos de los trabajadores, y como se seguirá argumentando. Por consiguiente, la consecuencia de la multa señalada en el artículo 1004-C, debe de corresponder para toda transferencia de trabajadores de un sujeto a otro, pues realizado de manera deliberada o no, violenta los derechos de los trabajadores en *ipso facto*.

Cabe señalar también que el Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones, es la norma que tiene por objeto reglamentar la Ley Federal del Trabajo, y tiene como finalidad promover y vigilar el cumplimiento de la legislación laboral y la aplicación de sanciones por violaciones a la misma en los centros de trabajo. Su aplicación corresponde a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, así como a las autoridades de las entidades federativas correspondientes. El reglamento en comento, regula los procedimientos para realizar inspecciones en los centros de trabajo de carácter ordinarios y extraordinarios, así como los Mecanismos Alternos a

⁷⁴ <https://dle.rae.es/transferir>

la Inspección. De acuerdo al artículo 24, la selección de las empresas a supervisar, se realizará preferentemente a través de un sistema aleatorio, o en ejecución de un programa de supervisión o derivado de la presentación de una queja o denuncia.

En el mismo sentido, el ordenamiento señala el procedimiento para realizar las inspecciones, como la obligación de levantar acta circunstanciada con testigos propuestos por el patrón o por el Inspector del Trabajo; además el deber del Inspector de auxiliarse de los integrantes de las comisiones en el Centro de Trabajo y del personal del mayor experiencia del mismo; el Inspector efectuará preguntas a los trabajadores, al patrón y a sus representantes siempre en sentido positivo, las respuestas deben de asentarse en un acta especial para evitar represalias, y por esa razón, los trabajadores pueden señalar que sus datos personales bajo reserva; el Inspector requerirá que se le muestren los documentos necesarios para acreditar el objeto de la inspección, cuando se los muestren, también deberá anotarlos en el acta circunstanciada; si de la inspección, documentos mostrados o entrevistas realizadas y sus respuestas, si el Inspector detecta alguna posible violación a la legislación laboral, requerirá al patrón o sus representantes subsane la omisión o violación, de la cual le podrá acompañar documentos o pruebas para que sirvan como evidencia, el patrón podrá en el mismo acto de la diligencia de subsanar cualquier hecho; el Inspector solicitará que firmen todos los participantes que hayan intervenido en la diligencia, teniendo derecho a formular observaciones y ofrecer pruebas, ya sea en el momento, o por escrito en un término de cinco días. A su vez, en las visitas que se realicen, el Inspector otorgará a los patrones plazos que pueden ir desde la aplicación inmediata y observancia permanente, o entre treinta y hasta noventa días hábiles para corregir esas deficiencias, pudiéndose prorrogar dicho plazo cuando se solicite por escrito y que no medie riesgo de vida, seguridad y salud de los trabajadores, y que se justifique la medida, siempre que no se trate de una restricción de acceso o limitación de operaciones en un Centro de Trabajo.

A su vez, las inspecciones que pueden realizar de manera ordinaria, serán de distintos tipos, iniciales, periódicas y de comprobación. Las primeras se refiere a las inspecciones que se realizan a un Centro de Trabajo por primera vez, o por ampliación o modificación; las segundas se realizan con intervalos de 12 meses, mediante un sistema aleatorio, y en que debe de ser tomado en cuenta la rama industrial, la

naturaleza de las actividades, el grado de riesgo, número de trabajadores y su ubicación geográfica; y las terceras, se realizan para constatar el cumplimiento de las medidas emplazadas por la Autoridad de Trabajo en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, para lo que se pueden habilitar días y horas inhábiles. Por el contrario, los casos en que se pueden practicar inspecciones extraordinarias son en cualquier tiempo, incluso en horas y días inhábiles, siempre que se trate de los casos a que se refiere el artículo 28 del reglamento en comento, que son los siguientes:

- Cuando tengan conocimiento de que existe un Peligro o Riesgo Inminente o bien, cuando reciban quejas o denuncias por cualquier medio o forma de posibles violaciones a la legislación laboral.
- Cuando se enteren por cualquier conducto de probables incumplimientos a las normas de trabajo.
- Si al revisar la documentación presentada para cualquier efecto, se percaten de posibles irregularidades imputables al patrón o de que éste se condujo con falsedad.
- Cuando tengan conocimiento de accidentes de siniestros ocurridos en los Centros de Trabajo.
- Si en el desahogo de una Inspección previa o en la presentación de documentos ante la Autoridad del Trabajo, el patrón o sus representantes proporcionen información falsa o se conduzcan con dolo, mala fe o violencia.
- Cuando se detecten actas de Inspección o documentos que carezcan de los requisitos establecidos en las disposiciones jurídicas aplicables, o en aquéllas de las que se desprendan elementos para presumir que el Inspector del Trabajo incurrió en conductas irregulares.
- Se realice la supervisión a que se refiere la Sección Cuarta de este Capítulo, esto es, se trate de realizar inspecciones para constatar la información proporcionada en casos de los Mecanismos Alternos a la Inspección y corroborar la veracidad de los hechos asentados por los Inspectores del Trabajo en los documentos, informes o actas generadas con motivo de las Inspecciones.
- Cuando se verifique que los Centros de Trabajo hayan suspendido sus labores, con motivo de una declaratoria de contingencia sanitaria emitida por la autoridad correspondientes.

- Y cuando se requiera constatar que el escrito de objeciones a la declaración de los patrones previsto en el artículo 121 de la Ley, para efectos de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, fue presentado por la mayoría de los trabajadores de la empresa.

Como se observa, se trata de casos en los que la práctica de esa Inspección extraordinaria es necesario que el patrón o la empresa no cuente con aviso previo o conocimiento del día y hora, con la finalidad de satisfacer su objetivo primordial, que es detectar inmediatamente la situación que prevalezca en el Centro de Trabajo; a diferencia de las Inspecciones ordinarias, que se harán siempre con previo citatorio de al menos veinticuatro horas de anticipación.

Otra causal para instaurar una inspección extraordinaria es cuando la Autoridad del Trabajo tenga conocimiento por cualquier medio de que ha existe una situación de Peligro o Riesgo Inminente, para constatar esas circunstancias. Si ese fuera el caso, el Inspector ordenará las medidas correctivas o preventivas en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, con la finalidad de salvaguardar la vida, la integridad física o la salud de los trabajadores, pudiendo ser la suspensión total o parcial de las actividades, o la restricción de acceso de los trabajadores a una parte o la totalidad del Centro de Trabajo. Es de resaltar que los patrones están obligados a dar acceso al Inspector del Trabajo al Centro de Trabajo para que pueda realizar la Inspección de que se trate, si se negare a hacerlo, el Inspector deberá levantar acta de negativa y la enviará al superior jerárquico, para que de manera inmediata inicie el procedimiento sancionador.

Otra modalidad ue el Reglamento prevé, son las Inspecciones de asesoría y asistencia técnica, que tienen por objeto fomentar entre los trabajadores y patrones, aspectos de cumplimiento de la normatividad laboral, el trabajo digno o decente, la inclusión laboral, el impulso a la creación de empleos formales, elevar la capacitación y la productividad y promover una cultura de la prevención de riesgos de trabajo, en salvaguarda de derechos humanos. Este tipo de inspecciones podrán realizarse a solicitud de parte interesada o en ejecución de los Programas de Inspección, es decir, cuando un Inspector acuda a un Centro de Trabajo y en su práctica, se detecta que se emplean quince o menos trabajadores. De estas Inspecciones, se podrán tomar

acciones preventivas o correctivas, y plazos para su instrumentación, consecuentemente se podrán programar visitas de seguimiento. Lo particular de este tipo de Inspecciones, es que si como resultado de las visitas de seguimiento resultaren incumplimientos a la legislación laboral, lo conducente será programar una visita extraordinaria, y no el procedimiento administrativo sancionador.

Por otro lado, el Reglamento prevé los Mecanismos Alternos a la Inspección, entendiéndose por éstos los esquemas que las Autoridades del Trabajo ponen a disposición de los patrones para que informen o acrediten el cumplimiento de la normatividad laboral, incluidos los utilizados por los organismos privados para la evaluación de la conformidad, debidamente acreditados y aprobados, así como las acciones de concertación y colaboración a través de convenios. Estos Mecanismos Alternos a la Inspección pueden ser avisos de funcionamiento, cuestionarios, evaluaciones o requerimientos análogos para que los patrones o sus representantes, los trabajadores o sus representantes y los integrantes de las comisiones a que se refiere la Ley, proporcionen la información requerida. En suma, esos Mecanismos Alternos a la Inspección, deben de contar con los incentivos adecuados para que las posibles omisiones se subsanen en el menor tiempo posible en beneficio del Centro de Trabajo y los trabajadores, considerando también que la iniciación de esos Mecanismos son de naturaleza voluntaria, con la finalidad de cumplir con la normativa previniendo la sanción.

Del análisis previamente realizado, se desprende que el Reglamento regula las visitas de inspección que las autoridades administrativas llevarán a cabo para asegurarse que se cumplan con las disposiciones legales laborales en todos los centros de trabajo, empresas y establecimientos. Sin embargo, es una reglamentación por demás escueta, ambigua y deficiente. Se afirma lo anterior, en virtud de que aunque se señale que las visitas de inspección se determinarán por un sistema aleatorio que será verificado por la autoridad competente; empero, no se establece de dónde se consigue, almacena, actualiza, o coordina la base de datos de donde se obtienen la información de nombres, razones sociales, denominaciones, domicilios, giros comerciales, actividades a las que se dedican, objeto social, entre muchos otros, para que se puedan realizar las visitas de inspección. Este vacío crea una incertidumbre tal, que por un lado, los trabajadores quedan desprotegidos en

razón de que no existe un método fiable y una fuente de información para acceder a la realidad empresarial, independientemente de que algunas fuentes de trabajo puedan existir en la informalidad tributaria, administrativa, laboral, entre otros, además, el Estado ha dejado un campo muy abierto para que también exista oscuridad en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo, así como para los diversos otros ámbitos como en la subcontratación.

Al respecto, se omite señalar los criterios específicos para evitar la subcontratación simulada, o que no cumpla con los requisitos legales; por lo que se entiende que queda incluida esa vigilancia en el cumplimiento de la legislación laboral señalada en el artículo 1. Por consiguiente, queda también en un contexto de incertidumbre que se pueda evitar y combatir las prácticas de simulación, por consiguiente, la evasión de obligaciones patronales en detrimento de los derechos laborales de los trabajadores. Lo recién afirmado es así, ya que al no existir ningún tipo de registro al cual las empresas contratistas y contratantes deban de inscribirse, así como la falta de una autoridad que verifique, autorice y supervise las empresas, las justificaciones que se pretendan hacer valer, los requisitos que la ley exige, así como el respeto a la ley de manera plena, se hace evidente que la mera existencia de la figura de la subcontratación, es insuficiente para hacer efectivos los derechos de los trabajadores en miras del principio de la dignidad de la persona.

Otra forma que el Reglamento en comento carece de efectividad, es por lo que hace a uno de los medios por los cuales se pueden realizar quejas o denuncias. Se omite establecer un procedimiento efectivo al que se le pueda dar seguimiento ante posibles omisiones de atención.

2.2 Normas de carácter fiscal relacionadas con la subcontratación

Existen otras normas jurídicas que están relacionadas con la figura de la subcontratación, y que están encaminadas a incentivar la práctica por parte de las empresas que soliciten el servicio de subcontratación de mano de obra. Tal es el caso de la Ley del Impuesto sobre la Renta, ya que dentro de los supuestos para deducir

el tributo indicado por parte del solicitante del servicio, es decir, del contratante, se exigen determinadas condiciones para que proceda la deducción del mismo. El artículo 27 fracción V párrafo tercero de la norma fiscal señalada, señala como requisito la obtención de determinados comprobantes, así como la obligación del contratista de proporcionar los comprobantes en cuestión. De manera ilustrativa, se cita la parte conducente:

“Artículo 27. Las deducciones autorizadas en este Título deberán reunir los siguientes requisitos:

I a IV. ...

V. Cumplir con las obligaciones establecidas en esta Ley en materia de retención y entero de impuestos a cargo de terceros o que, en su caso, se recabe de éstos copia de los documentos en que conste el pago de dichos impuestos. Tratándose de pagos al extranjero, éstos sólo se podrán deducir siempre que el contribuyente proporcione la información a que esté obligado en los términos del artículo 76 de esta Ley.

...

Tratándose de subcontratación laboral en términos de la Ley Federal del Trabajo, el contratante deberá obtener del contratista copia de los comprobantes fiscales por concepto de pago de salarios de los trabajadores que le hayan proporcionado el servicio subcontratado, de los acuses de recibo, así como de la declaración de entero de las retenciones de impuestos efectuadas a dichos trabajadores y de pago de las cuotas obrero patronales al Instituto Mexicano del Seguro Social. Los contratistas estarán obligados a entregar al contratante los comprobantes y la información a que se refiere este párrafo.”

De lo anterior se observa que para poder acceder al beneficio de deducción del impuesto en cuestión, el contribuyente, en su carácter de contratante en la subcontratación laboral, debe de obtener del contratista los comprobantes de pago de salarios, así como de las cuotas obrero patronales ante la institución de seguridad social mexicana. En el mismo sentido, la Ley del Impuesto al Valor Agregado exige del contratante que recabe documentación que acredite el pago del impuesto de que se trata, así como de la declaración e información que se reporta al Servicio de

Administración Tributaria, lo anterior, para efectos de que pueda ser acreditable el pago de este tributo, el texto legal cita:

“Artículo 5. Para que sea acreditable el impuesto al valor agregado deberán reunirse los siguientes requisitos:

- I. ...
- II. Que el impuesto al valor agregado haya sido trasladado expresamente al contribuyente y que conste por separado en los comprobantes fiscales a que se refiere la fracción III del artículo 32 de esta Ley. Adicionalmente, cuando se trate de actividades de subcontratación laboral en términos de la Ley Federal del Trabajo, el contratante deberá obtener del contratista copia simple de la declaración correspondiente y del acuse de recibo del pago del impuesto, así como de la información reportada al Servicio de Administración Tributaria sobre el pago de dicho impuesto. A su vez, el contratista estará obligado a proporcionar al contratante copia de la documentación mencionada, misma que deberá ser entregada en el mes que el contratista haya efectuado el pago. El contratante, para efectos del acreditamiento en el mes a que se refiere el segundo párrafo del artículo 4o. de esta Ley, en el caso que no recabe la documentación a que se refiere esta fracción deberá presentar declaración complementaria para disminuir el acreditamiento mencionado;...”

Por otro lado, de acuerdo a la Ley General de Sociedades Cooperativas de Productores y a Tesis de Jurisprudencia identificada como PC.III.A J/78 (10a.) de la décima época, ubicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 71, Octubre d2 2019, Tomo III, página 3284, con Registro digital: 2020922, se advierte una asimilación o analogía entre el servicio personal y subordinado que puede prestar un trabajador en favor de una sociedad cooperativa de producción, con la obtención de mano de obra subcontratada. Esto es así, ya que de una lectura del artículo 65 de la ley que regula estas sociedades, así como de la tesis de jurisprudencia en mención, se hace evidente que la obtención de esa mano de obra subcontratada puede realizarse en los términos de los artículos 15-A a 15-D de la Ley Federal del Trabajo, siempre y cuando, a su vez, se caiga en alguno de los supuestos que el artículo 65 de la ley societaria mencionada exige. Para efectos ilustrativos, se cita textualmente la tesis de jurisprudencia señalada:

“Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2020922

Instancia: Plenos de Circuito

Décima Época

Materias(s): Administrativa, Laboral

Tesis: PC.III.A. J/76 A (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 71, Octubre de 2019, Tomo III, página 3284

Tipo: Jurisprudencia

SOCIEDADES COOPERATIVAS DE PRODUCTORES. NO ESTÁN IMPEDIDAS PARA HACER USO DE LA SUBCONTRATACIÓN PREVISTA POR LOS ARTÍCULOS 15-A A 15-D DE LA LEY FEDERAL DEL TRABAJO, A FIN DE ACCEDER AL BENEFICIO FISCAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 85-A DE LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA ABROGADA, SIEMPRE QUE SE ACTUALICE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS DEL ARTÍCULO 65 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES COOPERATIVAS.

El artículo 65 de la Ley General de Sociedades Cooperativas señala que las sociedades cooperativas de productores podrán contar con personal asalariado únicamente en los casos siguientes: I. Cuando las circunstancias extraordinarias o imprevistas de la producción o los servicios lo exijan; II. Para la ejecución de obras determinadas; III. Para trabajos eventuales o por tiempo determinado o indeterminado, distintos a los requeridos por el objeto social de la sociedad cooperativa; IV. Para la sustitución temporal de un socio hasta por seis meses en un año, y V. Por la necesidad de incorporar personal especializado altamente calificado; sin embargo, ello no les impide hacer uso de la subcontratación prevista por los artículos 15-A a 15-D de la Ley Federal del Trabajo, siempre y cuando se sitúen en alguno de los supuestos del referido artículo 65, para acceder

al beneficio fiscal establecido en el artículo 85-A de la Ley del Impuesto sobre la Renta abrogada.

PLENO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

Contradicción de tesis 18/2018. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Cuarto y Quinto, ambos en Materia Administrativa del Tercer Circuito. 12 de agosto de 2019. Unanimidad de seis votos de los Magistrados Jesús de Ávila Huerta, Filemón Haro Solís, José Manuel Mojica Hernández, Jorge Héctor Cortés Ortiz, Silvia Rocío Pérez Alvarado y Claudia Mavel Curiel López. Ausente: Roberto Charcas León. Ponente: José Manuel Mojica Hernández. Secretario: Paulo Rolando Orozco Gallardo.

Criterios contendientes:

El sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado Materia Administrativa del Tercer Circuito, al resolver el amparo directo 578/2016, y el diverso sustentado por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, al resolver el amparo directo 711/2016.

Esta tesis se publicó el viernes 25 de octubre de 2019 a las 10:35 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 28 de octubre de 2019, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.”

De la transcripción recién hecha, se desprende que las sociedades cooperativas de producción pueden adquirir mano de obra subcontratada como si se tratara de una subordinada a ellas mismas. Esto es, que si bien incluso se permite contratar personal asalariado en los supuestos limitativos que indica el artículo 65 de la ley societaria respectiva, eso no impide que la mano de obra adquirida no pueda ser subcontratada, siempre que se trate de alguna hipótesis previstas, así como que se observe la legislación laboral respecto a la subcontratación; máxime que se puede

acudir a este régimen de contratación para obtener beneficios fiscales, tales como los señalados en el mismo criterio jurisprudencial invocado.

En el mismo sentido, es el caso que una tesis aislada, emitida por un Tribunal Colegiado de Circuito, interpretación identificado con el número III.5o.A15 A (10a.), que se ubica en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 29, Abril de 2016, Tomo III, página 2618, con número de Registro digital: 2011578, se advierte que para efectos del impuesto al valor agregado, la obtención de mano de obra subcontratada carece de gravamen por dicho tributo; esto en virtud de que el artículo 14, fracción I de la Ley del Impuesto al Valor Agregado en su penúltimo párrafo, indica que el pago de una remuneración que se realiza de manera subordinada, no será considerado para efectos de ese tributo como prestación de servicios independientes, por lo tanto no se encuentra gravada por la subcontratación. Se cita el criterio para mayor ilustración:

“Suprema Corte de Justicia de la Nación

Registro digital: 2011578

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Décima Época

Materias(s): Administrativa

Tesis: III.5o.A.15 A (10a.)

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, Abril de 2016, Tomo III, página 2618

Tipo: Aislada

VALOR AGREGADO. LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL DERIVADA DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO ESTÁ GRAVADA POR EL IMPUESTO RELATIVO.

Para determinar si las actividades que derivan de un contrato de prestación de servicios celebrado entre dos personas morales, por el cual una proporciona la totalidad de los empleados que la otra necesita para su funcionamiento, constituyen servicios independientes y, por tanto, resultan

gravadas por el impuesto al valor agregado, de conformidad con el artículo 14, fracción I, de la ley de esa contribución, debe analizarse la posible actualización de la hipótesis contenida en el penúltimo párrafo de dicho precepto, que dispone: "...no se considera prestación de servicios independientes la que se realiza de manera subordinada mediante el pago de una remuneración...". En este contexto, al prever ese contrato una subcontratación laboral, debe tenerse presente que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 244/2015, al analizar el artículo 15-A de la Ley Federal del Trabajo, estableció que en el régimen de la subcontratación, cuyas condiciones son: a) no puede abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares que se desarrollen en el centro de trabajo; b) debe justificarse por el carácter especializado de la actividad a realizar; y, c) no puede comprender tareas iguales o semejantes a las que realizan los trabajadores de la empresa contratante, el trabajador se ubica bajo una doble subordinación: a la empresa que constituye el lugar donde lleva a cabo las tareas encomendadas, a cuyas reglas de organización se sujeta, y a la que lo emplea directamente, con la cual, establece su dependencia contractual, lo que significa que el trabajo que desempeña es subordinado, mediante el pago de una remuneración o salario que se cubre por conducto de un tercero. En estas condiciones, las erogaciones que se realizan con motivo del citado contrato de prestación de servicios, si bien tienen la apariencia de una contraprestación contractual, en realidad corresponden a una labor subordinada. Por tanto, la subcontratación laboral derivada de ese acuerdo de voluntades no está gravada por el impuesto al valor agregado.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 467/2015. 14 de enero de 2016. Mayoría de votos.
Disidente: Juan José Rosales Sánchez. Ponente: Jorge Humberto Benítez
Pimienta. Secretario: Víctor Manuel López García.

Nota: Por ejecutoria del 5 de octubre de 2016, la Segunda Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 202/2016 derivada de la denuncia de la que fue objeto el criterio contenido en esta tesis, al estimarse que no son discrepantes los criterios materia de la denuncia respectiva.

Esta tesis se publicó el viernes 29 de abril de 2016 a las 10:29 horas en el Semanario Judicial de la Federación.”

Es evidente que la utilización del régimen de subcontratación es permitida por la ley tributaria en mención, con la finalidad de obtener un beneficio fiscal. Esto es así, ya que al analogar la subordinación que tienen los trabajadores con el contratista (por ser con quien guarda la relación laboral) con la empresa donde lleva a cabo las funciones o tareas encomendadas, ya que se esa subordinación se concreta en mérito de que se sujeta a los trabajadores a las reglas de administración y gestión que emplea por la contratante, entonces se trata de una doble subordinación, pues la mera sujeción a esas reglas organizacionales es un tipo de subordinación, máxime que se realizan esas tareas mediante el pago de un salario que cubre un tercero, toda vez que debe de tratarse como una remuneración que es obtenida por una labor subordinada, independientemente de que se trate en virtud de una relación contractual entre el contratante y contratista. Esta subordinación configurada en las instalaciones o lugar de trabajo del contratante, trae como consecuencia que se actualice el supuesto que la misma ley tributaria en cuestión señala para que no se grave el pago realizado por ese concepto.

De acuerdo a la lógica advertida en los anteriores argumentos, el empleo de la subcontratación trae beneficios fiscales para el contratante, en miras a obtener el menor número de cargas tributarias posibles; adicionalmente el ámbito laboral se obtienen beneficios mediante el uso de la mano de obra subcontratada, motivo por el que es tan atractiva, es decir, la disminución de obligaciones laborales y también fiscales son beneficios en la adquisición de mano de obra subcontratada.

2.3 Subcontratación en México y su impacto al salario

Una vez realizada la proyección de los derechos sociales, como especie de prerrogativas fundamentales, y a quién está dirigido su respeto y garantía, es apropiado hacer una aproximación particular del caso de México, en especial del derecho al trabajo, a una remuneración justa por la mano de obra prestada, y a la prohibición de lucrar o comercializar con la mano de obra como agente de producción dentro del sistema económico actual.

Primeramente, de acuerdo con Luz Pacheco, desde un punto de vista antropológico, “el trabajo contribuye al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad, lo que es más importante, por el trabajo, la persona se construye a sí misma”.⁷⁵ Perspectiva por demás interesante que va más allá del punto de vista con tintes de producción o medio de ingreso, es más bien una forma de determinarse a sí mismo, conforma parte de lo que una persona es en su esencia.

Por otro lado, el derecho al trabajo se debe de entender como la condición humana para lograr una buena vida, esto es, realizar una actividad humana resultado de su esfuerzo aplicado a la producción de la riqueza. Es entonces, una prerrogativa de la persona para poder lograr un estado de vida digno y decoroso, mediante el cual pueda satisfacer sus necesidades, y autodeterminarse, lograr un estado económico, cultural, social y moral.

El trabajo es el derecho de toda persona para lograr una condición de vida con un mínimo decente. También es un medio de subsistencia, pues mediante la implementación de él se obtiene una contraprestación; dicho de otra manera, al realizarse la figura trabajo, se crea una relación de hecho en la cual el agente denominado trabajador presta un servicio personal y subordinado en favor de otro agente llamado patrón. Esta relación de hecho en la cual se comparten conductas

⁷⁵ Pacheco, Luz, “La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social”, en Rev. IUS, Puebla , vol. 6, úm. 29, pp. 108-129, junio 2012, recuperado el 10 de marzo de 2021, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100008&lng=es&nrm=iso

recíprocas entre ellos, por un lado, el trabajador aporta su mano de obra, y a cambio obtiene una cantidad en dinero conocida como salario.

En consonancia con el artículo 82 de la Ley Federal del Trabajo, el salario es la retribución que el patrón debe pagar al trabajador por su trabajo. A su vez, el salario es la contraprestación a la que tiene derecho el trabajador para poder subsistir y mantener un mínimo de condiciones vitales, que al mismo tiempo, permite se efectúe el proyecto y realización de vida del trabajador y su familia, toda vez que dentro de un modelo económico como el mexicano, se requiere para la obtención de cualquier bien o servicio, y la concreción de los apuntados fines, la obtención de ese salario en uso de su mano de obra, o bien, para el sector empresarial, el uso de capital. Es el caso de los trabajadores que su capital es su fuerza de trabajo y su talento, el salario les permite acceder al mercado para la obtención de servicios públicos o privados, así como de los bienes y servicios para cubrir sus necesidades vitales. Consecuentemente, en sintonía con el numeral 85 de la ley obrera, el mismo debe ser remunerador.

Por esto, el salario cobra vital importancia en la relación laboral, que surge con la prestación de un servicio personal y subordinado. De las características que presenta el salario, resalta su naturaleza de remunerador; entiéndase por remunerador a la calidad que debe de ser suficiente para sufragar los gastos necesarios para el sustento de una familia, y hacer frente a las adversidades naturales que los seres humanos enfrentan, tales como la obtención de bienes y servicios de carácter ordinario como alimentos, educación, vestido, calzado, recreación, salud, etc.; lo que López Basanta llama el carácter alimentario del salario, y afirma:

“Para la inmensa mayoría –casi la totalidad- de los trabajadores subordinados el salario tiene una muy evidente finalidad de subsistencia: se trabaja para vivir, es decir, para procurarse los bienes y servicios que requiere la vida del trabajador y, si es el caso, su familia”.⁷⁶

⁷⁶ López, Basanta, Justo, El salario, en Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social, Coordinadores Buen Lozano, Néstor de y Morgado, Emilio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/139-instituciones-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-social>, recuperado el 17 de septiembre de 2018

Otra característica es que el salario debe ser recíproco, en otras palabras, debe de atender al servicio que se prestó por el cual recibió el ingreso, como ya sabemos, el salario es la contraprestación, por ende, debe de responder directa y recíprocamente al servicio personal subordinado, en palabras de Juan López Basanta:

“La prestación del trabajo subordinado y la remuneratoria están referidas, una a otra, como prestaciones recíprocas, y por ello se califica a la relación de trabajo como “sinalagmática” o “de cambio”, puesto que su tipicidad consiste, precisamente, en el cambio de trabajo subordinado por una retribución o salario. Y cada una de esas prestaciones funciona, por lo tanto, como contraprestación de la otra.”⁷⁷

Este autor le otorga también el carácter de justo al salario, y lo define como “la exigencia jurídico-moral de la igualdad en los cambios” ello a consecuencia de la referencia que hace de Raffo Magnasco, el salario pertenece a la vida misma del hombre, y representa el único medio por el cual puede ganársela; de igual manera que no se puede negar la obligación que tiene el que pretenda locar un motor o un caballo, respecto del mismo bien para con su locador en cuestión de conservar la cosa alquilada, de la misma manera rechaza la idea que quien toma un obrero para beneficiarse por su mano de obra, debe de respetar y valorar la persona y su dignidad.

Otra característica del salario es la conmutatividad, en contraposición de lo aleatorio. El salario debe ser conmutativo en el sentido de que debe haber certeza en todo momento de la cantidad en que éste va a consistir. El pacto en que verse un salario aleatorio de manera total, será nulo.

“Ese sería el caso de un contrato de trabajo según el cual la remuneración quedaría sometida en cuanto a la obtención de la prestación

⁷⁷ Ídem

del trabajo. En tal supuesto debería considerarse nulo lo convenido respecto a la remuneración...”⁷⁸

El salario se rige también por el principio que reza: “a trabajo igual, salario igual”. Este principio otorga un carácter de igualitario al salario, el cual se expresa que quien realice una función en beneficio de un patrón, independientemente de la designación que se le dé al puesto o categoría, debe de obtener un salario igual a cualquier otro que realice las mismas funciones, por el mismo tiempo y en las mismas condiciones, estas condiciones implican tanto en cantidad, como en calidad. Barajas Montes de Oca explica que:

“En el salario igual por igual labor debe exigirse reconocida igualdad de condiciones y eficacia en dicha labor porque aun cuando el empleo, puesto o trabajo, pueda ser en apariencia el mismo, el rendimiento de los trabajadores puede ser, a su vez, distinto. Además, el término trabajo igual se encuentra relacionado y no siempre en forma exclusiva con la identidad de la categoría o designación del cargo, por lo cual se considera ilógico que la simple denominación del puesto represente igualdad de remuneración, al no ser la igualdad de jornada, de empleo o de manejo de materiales los únicos factores determinantes del salario, ya que aun dentro del supuesto de que un grupo de obreros preste servicios en similares condiciones, el pago del salario no puede tener efectos redundantes de aplicación general. Debe entenderse que toda igualdad la determina la uniformidad respecto de la cantidad y la calidad del trabajo, elemento base de la remuneración.”⁷⁹

La última característica que expondremos es la limitación a la autonomía de la voluntad con respecto a la fijación del salario en una relación contractual laboral. Se dice que en todo acto contractual debe de imperar la autonomía de la voluntad, sin embargo, en lo que respecta a las relaciones laborales, y en especial al salario, la legislación laboral, sus principios y el tinte social que éstos mantienen, han impedido

⁷⁸ Ídem

⁷⁹ Ídem

que se pretenda estatuir con total libertad cualquier monto que por salario se deba contraprestar, por lo que al fijar un salario mínimo, se busca garantizar un sótano de derechos y aptitudes para el trabajador, ello en relación con el salario remunerador.

Aunado a lo anterior, se aprecia que el pago del salario realizado por el patrón o contratista, lo efectúa proveniente de su patrimonio, mismo que fue constituido por los honorarios que el contratante le hizo en función de haberle facilitado esa mano de obra. Es de fácil conjetura que dicho contratista requiere de dicho patrimonio para su funcionamiento, es decir, para la gestión de recursos humanos diferentes a la mano de obra que presta al contratista, los recursos de infraestructura que requiere para su administración y dirección, la utilización de servicios públicos y privados también necesarios para su actividad, los salarios u honorarios que debe de erogar para hacer posible que se pueda ofrecer al mercado dicho servicio de ejecución de obras o prestación de servicios en favor de los posibles contratantes, incluso los recursos que de utilidades pueda generar después de todo un ejercicio fiscal, sus cargas tributarias por las actividades que realice, sus operaciones de gasto corriente, entre otros. Estas cargas y obligaciones, que en nada favorecen a los trabajadores por medio de los cuales presta el servicio o ejecuta las obras, las hace en detrimento de quienes aportan su mano de obra.

“Por lo general, el trabajo subcontratado es perjudicial para los obreros pero atractivo para los empleadores. Así, la subcontratación se define más bien como una forma mercantil en que se vende el trabajo y que es perjudicial para los individuos, en todos los órdenes, tanto en el aspecto salarial como en la organización gremial.”⁸⁰

Se afirma lo anterior, ya que es lógico que una persona que se dedique a ejecutar obras o prestar servicios en beneficio de alguien más, pero mediante el trabajo de una tercera persona, esto es, que ofrece un servicio o bien al mercado, necesita recursos para funcionar. Esos recursos no se obtienen de otra fuente más que de los honorarios que entere quien requiera de sus servicios, dicho de otra forma,

⁸⁰ Raquel Partida, "Empleo flexible: el trabajo subcontratado en Jalisco", *Región y Sociedad*, El Colegio de Sonora, vol. XIII, núm. 22, julio-diciembre, 2001, 99-129.

de quien necesite mano de obra. Aquellos que soliciten la mano de obra al contratista, pagará una cantidad determinada, por la asignación de un número concreto de trabajadores, para que realicen ciertas funciones, en mérito de un contrato civil o mercantil de prestación de servicios.

Aun en el mercado, ese pago que realiza el contratante por recibir la mano de obra, constituye el valor que se le otorga, es decir, los servicios que obtiene por parte de los trabajadores tienen un valor de cambio, tal como Marx⁸¹ lo indica, pero a diferencia de la ecuación tradicional de la relación de trabajo, ese valor de cambio no es enterado al trabajador, sino al contratista que intervino, y de quien los trabajadores dependen. El pago (el valor de cambio) obtenido por ese servicio que el contratista prestó al contratante por medio de la mano de obra de los trabajadores, constituye sus activos. El salario que él paga a los trabajadores, así como la serie de erogaciones y cargas anteriormente enunciadas, son ejemplos de sus pasivos. Se advierte entonces, que para que sea posible realizar las actividades del contratista, requiere de ingresos, estos ingresos serán el pago que haga el contratante, que es el valor de cambio atribuido a la mano de obra recibida. Sin embargo, el contratista para ejecutar sus actividades, necesita efectuar ciertos desembolsos, mismos que se derivan de la gestión y administración regular de cualquier empresa o persona que oferte sus servicios. Empero, si el contratante está dispuesto a realizar un pago por el beneficio de aprovecharse de la mano de obra de unos trabajadores, y el contratista utiliza esa cantidad no únicamente para concretar el pago de los salarios, sino para mantenerse en la vida empresarial y realizar sus actividades; el valor de la mano de obra es tal, que no corresponde al salario percibido, pues no llega a ellos íntegramente de la manera en que el contratante estuvo dispuesto a pagar por esos servicios personales subordinados. El salario de los trabajadores sufre una merma con respecto de su valor de cambio en el mercado, esto es, lo que se estuvo dispuesto a pagar por parte del contratante para la obtención de sus beneficios.

Otro derecho de los trabajadores afectado por el uso de la subcontratación es el de participación en las utilidades de las empresas. Naturalmente, el derecho de los trabajadores para participar en las utilidades de las empresas, encuentra su

⁸¹ Marx, Karl, El capital, México, Siglo XXI editores, vigesimoprimera edición, 1996, pp. 44-46.

fundamento constitucional en el artículo 123 fracción IX, en el que se reconoce el derecho aludido, y finca las bases para que sea la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas, quien determine el porcentaje de utilidades que se repartirá entre los trabajadores. Con base en investigaciones y estudios encaminados para conocer las condiciones generales de la economía nacional, el fomento en el desarrollo industrial del país, el interés razonable a percibir por el capital así como la necesidad de reinversión de capitales, es que la Comisión Nacional aludida fijará el porcentaje, y hacer revisiones cuando existan nuevos estudios e investigaciones que lo justifiquen. El monto que se tomará como base de cada empresa, será el señalado en la Ley del Impuesto sobre la Renta como la renta gravable. Asimismo, las bases constitucionales señalan la posibilidad de exceptuar algunas empresas de repartir utilidades, cuando se trate de empresas de nueva creación, por un límite determinado y limitado de años, los trabajos de exploración y otras actividades cuando así se justifique por su naturaleza y condiciones particulares; lo que nos llega a percibir que son los únicos casos en que no se repartirá utilidades. Así, la Ley Federal del Trabajo regula el procedimiento y la forma a participar en las utilidades por parte de los trabajadores.

La problemática y afectación surge, cuando en cumplimiento de ese deber constitucional y legal vinculado a un servicio personal y subordinado, se arroja la obligación al patrón, como naturalmente en el concepto clásico de relación laboral se concreta. Sin embargo, la configuración particular del régimen de subcontratación, ocasiona que quien cuente con el carácter de patrón sea quien esté obligado a repartir las utilidades a sus trabajadores. Empero, en este caso, siendo el contratista quien mantiene esa condición, no es éste el que recibe directamente el beneficio de la mano de obra de los trabajadores; y repartirá utilidades en función de los ingresos que percibe de sus contratantes, que como ya se ha apuntado, rompe con el principio de proporcionalidad del salario y del trabajo. Esto es así, ya que el beneficiario directo de la mano de obra de los trabajadores es el contratante en la subcontratación, quien al no contar con el carácter de patrón, se esquiva de él la obligación de repartir utilidades, sin embargo, el valor agregado que se le imprime a los bienes o servicios que ofrece, es generado con la mano de obra de esos trabajadores con quienes no mantiene una relación laboral, por tal motivo, la proporcionalidad que debe de guardar

la remuneración obtenida por la mano de obra prestada por los trabajadores no se actualiza; lo mismo sucede con el principio de justicia social y trabajo digno.

Así, de acuerdo al texto constitucional, en el que se señala directamente que los trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades de las empresas, así como lo ya advertido por la tesis aislada anteriormente señalada de rubro: “VALOR AGREGADO. LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL DERIVADA DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO ESTÁ GRAVADA POR EL IMPUESTO RELATIVO”, existe una doble subordinación en la subcontratación, ambas empresas (contratante y contratista) ejercen un papel en el que se controla, supervisa o dirige a los trabajadores en la realización de sus funciones; uno por ser quien solicita que la mano de obra se preste con determinados parámetros, y que fija las tareas de los trabajadores, y el otro por ser quien mantiene de manera formal el carácter de patrón; lo anterior nos llega a determinar que aún cuando se trate de la empresa que no mantiene una relación laboral formal, sí se beneficia de manera directa de la mano de obra, en consecuencia, también debe de repartir sus utilidades, ya que en los hechos, gracias a ese servicio personal y subordinado que prestan los trabajadores es que ofrece sus bienes o servicios. Lo aludido anteriormente, referente a la subordinación que ejerce el contratante, además de ser así interpretado en la tesis indicada, se deriva del mismo enunciado normativo contenido en el artículo 15-A de la ley obrera, toda vez que se señala expresamente que el contratante supervisa el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas. Ejecución de servicios y obras realizadas materialmente por los trabajadores.

A su vez, se ha percibido un incremento en la práctica de la subcontratación cada vez más acelerada. Según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en el año 2008 habían 2 732 056 personas que realizaban una ocupación para una razón social de la que no dependían, la cifra aumentó a 3 578 247 para el año 2013, y a 4 685 356 para el año 2018. Porcentualmente, entre 2013 y 2018 se aprecia un aumento de 16.6 a 17.3 por ciento. Por otro lado, se observa también un mayor aumento de personas ocupadas que no dependen de la razón social para la que trabajan, a diferencia de las ocupadas que sí cuentan con esa dependencia, el primer caso aumentó, del 2013

a 2018, en un 53.5 por ciento, mientras que en el otro, en un 4.5 por ciento.⁸² Lo anterior cobra relevancia, si se considera que la práctica de subcontratación ha ido aumentando cada vez más. Las empresas se decantan por una preferencia de adquirir personal subcontratado, en lugar de contratarlos directamente. Los beneficios que la práctica trae, por constituir ahorros económicos y descargas de obligaciones, son en detrimento de los beneficios de los trabajadores, esto es, de manera más directa y clara de apreciar, en su salario. El salario que los trabajadores perciben bajo el régimen de subcontratación, es menor en comparación a aquellos que no se encuentran bajo ese régimen. De acuerdo a Tania Rojas y Edwin van Gameren, "...el primer decil gana 16.4% menos si está subcontratado, mientras que en el decil con más ingresos el salario cae en 2.0%."⁸³

2.4 El trabajo como mercancía

Lo anterior nos permite prestar atención en que la mano de obra está siendo tratada como una mercancía por parte del contratante y del contratista, en contravención del artículo 3 de la Ley Federal del Trabajo, y de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia).

La mano de obra de los trabajadores mantiene un tratamiento de mercancía, como cualquier otro artículo de comercio, se está ofreciendo al público por los contratistas, se aprovechan de él por los contratantes, y se está obteniendo un lucro con él. Ese lucro está siendo obtenido de acuerdo a las reglas del mercado, se obtiene barato y se vende caro.

"En años anteriores a la recomendación no. 198, se planteó ante la OIT que la esencia del *outsourcing* o subcontratación provenía del derecho mercantil, dado

⁸² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Censos económicos 2019, Personal ocupado subcontratado en las unidades económicas. Outsourcing, 2020

⁸³ Rojas, Tania y van Gameren, Edwin, "Subcontratación Laboral y Salarios: Una estimación por cuantiles", en *Documentos de trabajo*, Centro de Estudios Económicos, El Colegio de México, Número VIII, México, 2021, pp. 1-36

que se trataba de un acuerdo de voluntades entre particulares, sin intervención del trabajador y cuyo objetivo primordial era el lucro económico...”⁸⁴

Ya lo señala Luis Enrique Alonso citado por Jorge García López:

“Del trabajo como elemento central de la ciudadanía, del trabajo como elemento enriquecedor para la colectividad social, del trabajo como conquista de las luchas sociales, del trabajo, en suma, como derecho colectivo humano, hemos pasado al concepto más económico, mucho más primitivo del empleo”.⁸⁵

De lo anterior, es plausible determinar que la figura de la subcontratación, regulada desde el 2012 en la Ley Federal del Trabajo, contraviene los numerales indicados con anterioridad, relativos a la negativa de que el trabajo es una mercancía (Artículo 3), que el patrón es quien utiliza un servicio personal subordinado (Artículo 10), y la fórmula de la relación laboral entre quien presta su trabajo personal subordinado a una persona, a cambio de un salario (Artículo 20).

La legislación laboral mexicana obedece a la tendencia global a tratar al trabajo y la mano de obra como una mercancía. El uso de la subcontratación abarata la mano de obra, reduce los niveles salariales. Promueve la precariedad laboral y la protección a los trabajadores, así como los principios de “Las normas de trabajo tienen a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social” el “trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales”, “el trabajo es un derecho y un deber sociales” y “no es un artículo de comercio”. La subcontratación permite que por medio de formas civiles y mercantiles se concreten simulaciones y elusiones de las responsabilidades laborales, que en todo caso, son derechos de los trabajadores los que se dejan de cumplir.⁸⁶

⁸⁴ Fuentes, Héctor, “Análisis del Régimen de subcontratación o *outsourcing* en México”, *Visioni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l'America Latina*, núm. 12, 2015, pp. 44-58.

⁸⁵ García, Jorge, “La fuerza del trabajo es una mercancía”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 21, núm. 2, 2003, pp. 43-66.

⁸⁶ De los Heros, Alfonso, “La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, 2002, pp. 979-1000, recuperado el 18 de septiembre de 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3738/4609>

La figura de subcontratación es irrisoria para el pleno ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores, además de ir en contra del principio de justicia de cambio, ello es, que los trabajadores que se ven inmersos en esta figura, realizan y prestan un servicio que no es equitativo con el ingreso que obtienen de él, pues existe una persona que capta dicho ingreso, realiza una sustracción para obtener un lucro, una utilidad generada con una mano de obra perteneciente a los trabajadores, y a nadie más. La Ley Federal del Trabajo en su reforma de 2012 ha permitido ésta configuración, esta antinomia en perjuicio de los trabajadores, que además, permite que particulares participen y se favorezcan de dicha institución, originando que agentes ajenos al poder público, participen en violaciones a derechos humanos, tal como establece el *Drittwirkung* alemán. Caso en el que un particular coadyuva con el poder público para la violación de un derecho humano, específicamente, la autoridad lo hace mediante la regulación de la figura de subcontratación, en perjuicio del trabajador, sus ingresos, por ende su patrimonio, su subsistencia y la de su familia.

“El problema examinado, por sí mismo, pone de manifiesto su trascendencia y su magnitud: la falta de señalamiento de límites y obligaciones en la actuación del intermediario al llevar a cabo la contratación de trabajadores para que presten sus servicios a un tercero, ya sea bajo sus órdenes o las órdenes directas del tercero, lo seguirá manteniendo como un mercader que vende a bajo costo el trabajo del hombre, sin responsabilidad alguna y contraviniendo el principio de que el trabajo es un derecho de toda persona, convirtiendo en letra muerta el principio de respeto a la libertad y dignidad de la persona que realiza un trabajo subordinado, toda vez que con argumentos en apariencia legales, fundados en la defectuosa redacción de los artículos 13, 14 y 15 de la Ley Federal del Trabajo, el intermediario ha convertido al trabajo en artículo de comercio”.⁸⁷

El mismo tratamiento al trabajo, la dignidad y libertad de una persona es el que la subcontratación permite. De manera que la subcontratación es un tipo de

⁸⁷ Quiñonez, Carlos y Rodríguez, Salvador, “El trabajo no es artículo de comercio”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2013, pp. 65-83, recuperado el 28 de mayo de 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9717/11745>

intermediación laboral o tercerización, en que se permite que un particular trastoque los derechos de otro particular, peor aún, con la permisión y regulación de la norma jurídica, esto es, el Estado dando campo abierto y legal a esa realidad. Existe la necesidad de voltear a ver el principio de la realidad económica, y fáctica agregaríamos; principio que permite observar y distinguir lo que opera en la sociedad de la hipótesis normativa. No termina siendo entonces congruente el tratamiento que se le da al régimen de subordinación configurada legalmente, con las circunstancias reales en que los trabajadores soportan una elusión de obligaciones laborales, una ficción creada por la ley laboral, que las empresas han aprovechado para continuar con esa práctica que muchos beneficios han obtenido, beneficios a costa de la clase trabajadora.⁸⁸

En palabras de Luciana Ghiotto y Rodrigo F. Pascual, se trata de hacer efectiva la dignidad como transformación de personas en sujetos que crean, y no únicamente portan mercancías. Es decir, si el trabajo es que pueda ser ofrecido en el mercado y obtener un beneficio económico por él, es el trabajador a quien le pertenece ese trabajo y sus beneficios económicos. La dignidad en el trabajo es una expresión de la humanidad, y no solo una simple decencia, atributo que propuso la OIT para intentar lograr una menor explotación, sino que lo importante es crear relaciones laborales que no contengan explotación en ellas. “Lo que es indigno es la explotación. Entonces, el problema es la venta de la fuerza de trabajo, la propia economía de mercado.”⁸⁹

⁸⁸ De los Heros Op. Cit.

⁸⁹ Ghiotto, Luciana y Pascual Rodrigo, “Trabajo decente vs. trabajo digno. Acerca de una nueva concepción del trabajo”, en Voces en el Fénix, Número 6, 2011, Plan Fénix, Universidad de Buenos Aires, recuperado el 03 de marzo de 2021, disponible en: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/voces_en_el_fenix/010-fenix.pdf

Capítulo III. La subcontratación en la República de Chile

Una vez establecidas las condiciones de la subcontratación en México, es menester realizar un estudio comparativo con un ordenamiento jurídico como el caso chileno. Lo anterior es apropiado, debido a que al ser un Estado latinoamericano, presenta semejanza histórica y económica con la coyuntura mexicana. Esto es así, debido a que las dos naciones presentan características similares en relación a condiciones de índole económica, es decir, se trata de economías emergentes, que incluso han compartido antecedentes históricos análogos; la subcontratación como forma de tercerización de la mano de obra, se ha visto en aumento en los últimos 30 años también en Chile.⁹⁰

Por lo anteriormente expuesto, es que se hace interesante un análisis a las condiciones normativas laborales que en materia de tercerización y subcontratación respecta. Las condiciones que imperan en la normatividad del trabajo, así como sus consecuencias en términos de derechos y obligaciones contractuales en derecho del trabajo abrirá el abanico de perspectivas y posibilidades. La forma en que la maquinaria político-jurídica en Chile haga frente al rezago en materia de derechos de los trabajadores y empleadores, así como su diversidad contractual hace menester una aproximación a este ordenamiento jurídico latinoamericano.

3.1 Contratación de trabajo en general

Con la finalidad de comparar la normatividad laboral chilena frente a la mexicana, es pertinente hacer un análisis de su Código del Trabajo. Documento que compila las normas jurídicas del trabajo y que tiene su fundamento en el artículo 19 número 16 de su Constitución, de la manera siguiente:

⁹⁰ Silva, Consuelo, “La subcontratación en Chile: aproximación sectorial”, 2007, recuperado el 18 de abril de 2020, disponible en: http://biblioteca.iplacex.cl/RCA/La%20subcontrataci%C3%B3n%20en%20Chile_aproximaci%C3%B3n%20sectorial.pdf

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1.- al 15.- ...

16.- La libertad del trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución...”

Se advierte la protección a la libre elección tanto del trabajo u oficio a desempeñar; como de la libre contratación, esto es, a que toda persona pueda entablar un contrato o relación laboral de manera libre, consensual y sin ningún tipo de coacción, siempre con una justa retribución, remuneración o contraprestación. Es evidente que la relación jurídica en materia de trabajo está basada en la autonomía de la voluntad de las personas.

En miras a realizar un examen claro, acerca de la subcontratación en Chile, vale la pena hacer un análisis a la contratación laboral en general, así como a los sujetos que intervienen en una relación de trabajo. Con base en ello, el artículo 3.o conceptualiza a los siguientes:

“Art. 3.o Para todos los efectos legales se entiende por:

a) empleador: la persona natural⁹¹ o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo,

b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo, y

⁹¹ De acuerdo a los Artículos 54 y 55 del Código Civil chileno, son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición... Por lo que se trata de una equiparación conceptual de lo que en México se conoce como persona física, siendo únicamente el término lo que se distingue.

c) trabajador independiente: aquel que en el ejercicio de la actividad de que se trate no depende de empleador alguno ni tiene trabajadores bajo su dependencia...”

Naturalmente, la normativa laboral chilena contempla dos sujetos en una relación de trabajo, uno en su carácter de empleador⁹², que es beneficiario de servicios intelectuales o materiales de otro que es denominado trabajador, es este quien presta los servicios al empleador, a cambio de una remuneración o salario; además está bajo dependencia o subordinación de aquel. Configuración y conceptos análogos en la legislación mexicana.

Por otro lado, el artículo 5.o le reconoce el ejercicio de facultades al empleador, pero con el límite que las garantías constitucionales de los trabajadores imponen. Esto, en relación al artículo 1.o de la Constitución Política de la República de Chile, se advierte es el Estado quien establece los derechos y garantías de las personas. Desde una visión positivista, el órgano estatal delimita y encauza las directrices que han de estar orientadas a establecer las condiciones sociales y jurídicas. El texto constitucional en el artículo recién indicado, a la letra dice:

“Artículo 1.o- Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

⁹² (Equivalente a patrón en México)

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

En suma, la Constitución obliga al Estado a estar al servicio de la persona humana, a realizar todas sus funciones políticas, jurídicas y sociales en beneficio de ésta. Mediante la promoción de una integración armónica de todos los sectores de la Nación, así como el respeto de los derechos y garantías que ella misma establece, se pretende establecer un bien común, y contribuir a la creación de condiciones sociales que lo permitan. En consecuencia, las facultades otorgadas al empleador en el Código de Trabajo, deben de ser entendidas que se encuentran limitadas por las garantías constitucionales, y éstas deben estar encaminadas a hacer efectiva una integración armónica de los sectores obrero y empleador; así como el establecimiento de un bien común, y que existan condiciones sociales que permitan hacerlos efectivos.

Ejemplo de ello, es la consideración de irrenunciabilidad de los derechos laborales, mientras subsista el contrato de trabajo; tal y como lo establece el mismo artículo 5.o en su inciso segundo.⁹³ Por otro lado, la misma normatividad laboral define lo que se debe entender por contrato individual de trabajo, y las consecuencias del mismo, en términos del artículo 7.o, que reza:

“Art. 7.o Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

⁹³ La estructura legal denomina “inciso” a lo que en México se le conoce como “párrafo”, “número” a las fracciones señaladas con números arábigos, y “párrafo” a capítulo o sección. En el análisis de la legislación extranjera, se estará usando la terminología de redacción empleada por esa misma ley.

De lo anterior, es de recalcar que el contrato individual de trabajo es un acuerdo de voluntades, entre un trabajador y un empleador. Acuerdo de voluntades del que nacen derechos y obligaciones específicas, también análogas a las que en la legislación mexicana se derivan, la prestación de un servicio personal bajo dependencia y subordinación, y el pago de una remuneración. Es lógico que el servicio a prestar y el monto de esa remuneración, son materia de libre contratación, en relación al ya señalado artículo 19 número 16 Constitucional. Por otro lado, la normatividad laboral chilena establece la vía para cuando por circunstancias diversas, se omita realizar el contrato individual de trabajo, o haya duda de ello; mediante una presunción similar a la mexicana, el artículo 8.o del Código de Trabajo chileno así lo señala:

“Art 8.o Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo...”

El artículo recién citado, evita la omisión de regulación de una prestación de un servicio personal bajo dependencia y subordinación, en la que a falta el formalismo respectivo, esto es, el contrato individual de trabajo. Así, cuando por la cualquier causa, se presta un servicio personal bajo dependencia y subordinación, y no se se tenga el tipo de relación jurídica, se presumirá salvo prueba en contrario, que existe un contrato de trabajo, en consecuencia, que se trata de una relación laboral. Al respecto, los formalismos que deben de revestir el contrato de trabajo, los indica el artículo 9.o, que en la parte conducente, vale la pena citar textualmente para su análisis:

“Art. 9.o El contrato es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante.

El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales.

Si el trabajador se negare a firmar, el empleador enviará el contrato a la respectiva Inspección del Trabajo para que ésta requiera la firma. Si el trabajador insistiere en su actitud de dicha Inspección, podrá ser despedido, sin derecho a indemnización, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito.

Si el empleador no hiciere uso del derecho que se le confiere en el inciso anterior, dentro del respectivo plazo que se indica en el inciso segundo, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador...”

Por una parte, se señala que el contrato de trabajo es consensual, es decir, debe de provenir de la voluntad de las partes, naturalmente. A su vez, debe de expresarse esa voluntad de manera escrita, realizarse por duplicado para que cada ejemplar quede en poder de cada uno de los contratantes. En consecuencia, y una vez pactado el consenso en prestar el servicio personal bajo dependencia y subordinación, se debe de expresar por escrito dentro de plazos que dependen de la duración de la relación laboral; a saber, el empleador debe de hacer constar por escrito en un plazo de quince días si se tratare de una relación o contrato laboral por tiempo indeterminado, por el contrario, si se tratase de una relación o contrato laboral por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, el empleador tiene la obligación de esa constancia por escrito en un plazo de cinco días. Obligación que recae en el patrón, y su incumplimiento devendrá en una multa de una a cinco unidades tributarias mensuales.⁹⁴ En el mismo sentido, se contempla alternativa al patrón, para el caso en que el trabajador se negare a firmar el contrato; por medio de la Inspección del Trabajo, oficina que requerirá al trabajador su firma. Es evidente que la obligación de firmar y hacer constar por escrito el contrato, también

⁹⁴ La Unidad Tributaria Mensual (UTM) es utilizada en Chile para efectos tributarios. Se reajusta de forma mensual según el Índice de Precios al Consumidor (IPC). Esta unidad fue creada en 1974 por medio del artículo 8.º del decreto ley 830. En un comienzo, se empleó como medida tributaria para el pago de multas y escalas, usada por el Servicio de Impuestos Internos (SII). Posteriormente, se extendió a pagos de deudas, derechos arancelarios y multas, por parte de Municipios, organizaciones y el Estado de Chile. A diferencia de la UF, la UTM no se utiliza como instrumento financiero. Esta unidad se paga o cobra en pesos chilenos. Fuente: <https://www.prensadigital.cl/valor-utm-unidad-tributaria-mensual.html>, recuperado el 24 de febrero de 2021

recae en el trabajador. Toda vez que al negarse éste, puede ser despedido sin derecho a indemnización alguna. Excepción a este caso, es cuando el trabajador se niega a firmar y hacer constar por escrito un contrato de trabajo que contenga condiciones distintas a las que se pactaron, situación que deberá de acreditarse.

Es de notarse que guarda relación estrecha la legislación chilena con la mexicana en lo que respecta a la relación laboral y su forma de contratación. En ambas se exige que sea por escrito; los sujetos que intervienen son idénticos, salvo la terminología para el capitalista; los derechos y obligaciones que se derivan son los mismo también, el servicio personal y subordinado (y bajo dependencia en el caso de Chile), y la remuneración o pago del salario como contraprestación. A su vez, en ambas legislaciones se prevé que deba de ser por escrito y por duplicado, para que quede en poder de cada una de las partes un ejemplar. Por otro lado, la falta de un contrato por escrito por sí mismo, no excluye la existencia de una relación laboral, situación prevista en ambas legislaciones; pues basta con que se preste un servicio personal y subordinado, para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo. La falta de contratos de trabajo por escrito en ambos sistemas normativos son imputables al patrón, y trae como consecuencia que las condiciones de trabajo pactadas sean consideradas a lo que manifieste el trabajador. En el caso de la legislación laboral mexicana, contrato de trabajo y relación de trabajo surten los mismos efectos, y se requiere de los mismos elementos; la normatividad chilena únicamente regula el concepto de contrato de trabajo.

Por otro lado, el Código del Trabajo chileno regula dos tipos de figuras en las que existen intermediarios, es decir, dos tipos de tercerización. Para el caso del sistema jurídico mexicano, ambos tipos de intermediación quedan comprendidos en la misma figura, pues no hace distinción con respecto a causales o hipótesis para uno u otro, sino que podrían quedar comprendidas. Estas dos formas de intermediación o tercerización son conocidos por el sistema jurídico chileno como subcontratación y los servicios transitorios. Es pertinente hacer un estudio de ambos, para una efectiva comparación.

3.2 La regulación de la subcontratación en Chile

Ahora lo pertinente es hacer un análisis de la forma en que está regulada la subcontratación en la legislación chilena, en aras de establecer un panorama eficaz que nos permita realizar una efectiva comparación.

En el Código del Trabajo chileno, la subcontratación comienza a regularse a partir del artículo 183-A, hasta el artículo 183-E. Al efecto, el artículo 183-A señala:

“Artículo 183-A.- Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica.

Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478”.

Por un lado, tenemos que el régimen de subcontratación se estructura con tres tipos de sujetos distintos; a saber; el contratista o subcontratista, que por su cuenta y riesgo, y con trabajadores bajo su dependencia, ejecuta obras o servicios para una tercera persona natural o jurídica. Esta tercera persona es la reconocida como dueña de la obra, empresa o faena, también denominada empresa principal, y es en la que se desarrollan los servicios u obras contratadas, por lo que es el beneficiario de la mano de obra que los trabajadores prestan. Los trabajadores, están bajo la dependencia del contratista o subcontratista, sin embargo, se advierte que ya no se

incluye el elemento de mantener la subordinación con quien sería su empleador, o sea, el contratista o subcontratista. Esto es así, debido a que el mismo enunciado normativo indica que los trabajadores ejecutarán las obras o servicios, en favor de una persona natural o jurídica, dueña de la obra, empresa o faena, la empresa principal; y debido que es en donde se ejecutan las obras y servicios, no queda claro si la subordinación se configura con éste, o con el contratista o subcontratista, que es el empleador.

Por otra parte, el artículo citado excluye de las consecuencias jurídicas de la subcontratación, a aquellas personas que ejecuten o presten sus servicios u obras de manera discontinua o esporádica; esto es una consecuencia natural, ya que el inciso segundo del artículo 8.o del mismo ordenamiento, descarta que los servicios que se presten en esa modalidad, den origen a un contrato de trabajo. Es entonces, natural, que si los servicios que se presten de forma discontinua o esporádica no pueden dar origen a un contrato de trabajo genérico, consecuentemente será el mismo resultado para una contratación específica como lo es la subcontratación. Para mayor ilustración, en la parte conducente, el artículo citado señala:

“...Los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público, o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo...”

Por otro lado, el inciso segundo del artículo en cuestión, indica los casos en que no se considerará un trabajo dentro del régimen de subcontratación. Tal es el caso de aquellos servicios que se presten pero que no se sujeten a los requisitos del inciso primero; a los que se limiten a la intermediación de trabajadores a una sola faena, siendo estos únicamente los servicios que impliquen la contratación para con el empleador, que el intermediario no contará con ese carácter, sino al dueño de la obra, empresa o faena de que se trate. Lo anterior, sin perjuicio de que se pueda hacer acreedor a las sanciones señaladas que puedan sobrevenir en la aplicación del diverso artículo 478; referente a la procedencia del recurso de nulidad

Cabe señalar que el régimen de subcontratación chileno también prevé la posibilidad de exista un subcontratista, que mantendrá una relación contractual con

el contratista, y este a su vez, con el dueño de la obra, empresa o faena. El subcontratista será quien mantenga el carácter de empleador para con los trabajadores, y será bajo su cuenta y riesgo que se presten o ejecuten las obras o servicios. En suma, la forma en que se describe la subcontratación en Chile, los sujetos, requisitos y consecuencias, son análogas a su regulación por parte del Estado mexicano, al menos por cuanto hace a su concepción y configuración.

Continuando con el examen, el diverso Artículo 183-B señala:

“Artículo 183-B.- La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o periodo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal.

En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiese hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente.

El trabajador, al entablar la demanda en su contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.”

El primer inciso del artículo arroja a la empresa principal, también conocida como la dueña de la obra, empresa o faena que es beneficiaria del servicio u obra

ejecutada, la responsabilidad solidaria para con las obligaciones que el contratista en su carácter de empleador, obligaciones que contraigan o adquieran por concepto de indemnizaciones por término de la relación laboral o las relacionadas con previsión social. La misma fórmula de responsabilidad solidaria ocurrirá con el contratista para con los trabajadores del subcontratista. Cabe resaltar que la misma fórmula ocurre en la legislación laboral mexicana. Sin embargo, se aprecia que para el caso en que existan contratista y subcontratista, la empresa principal también se le arroja la responsabilidad de responder a las obligaciones en favor de los trabajadores del subcontratista, empero, se concibe esa responsabilidad cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad del subcontratista, lo que en este caso, se trata de una obligación subsidiaria, en primer lugar porque el texto de la ley no especifica la solidaridad de esa responsabilidad, en segundo término porque expresamente la norma jurídica indica que será así, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad en contra del empleador directo, esto es, del subcontratista. El trabajador entonces puede entablar demanda y dirigirla en contra de todos aquellos que puedan resultar responsables, siendo este caso, contra su empleador directo y subcontratista; contra el contratista; y contra la empresa principal, dueña de la obra, empresa o faena, que es el beneficiario de la mano de obra. Pero en este último caso, la empresa principal únicamente responderá de las obligaciones, cuando no pudiere hacerse efectiva por su empleador directo o subcontratista, ni por el contratista. La norma jurídica en comento excluye de esa responsabilidad cuando se trate de una construcción de edificaciones por un precio único prefijado, y que el beneficiario del servicio prestado sea una persona natural.

Por lo que hace a la legislación chilena, se advierte una facultad para la empresa principal que se encuentra plasmada de manera distinta en la normatividad mexicana, pero con efectos y esencia similar. La forma en que la empresa beneficiaria puede imponerse y cerciorarse del cumplimiento de las obligaciones del contratista; y del mismo modo el contratista tendrá ese derecho con el subcontratista. El artículo 183-C lo prevé de la siguiente manera:

“Artículo 183-C.- La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos

correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar, dentro de un plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados. Asimismo, el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquellos, el modo de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.”

De ello, se aprecia que el beneficiario del servicio, cuando es la empresa principal, puede solicitar acceso a la documentación y asegurarse del cumplimiento de las obligaciones del contratista con sus trabajadores; de igual manera el contratista lo puede hacer con el subcontratista. Empero, aunque no se advierte de la lectura literal, consideramos que debería también la empresa principal, beneficiaria del servicio, que es dueño de la obra, empresa o faena, tener ese derecho sobre el subcontratista. Toda vez que el factor determinante para que la empresa principal pueda tener el derecho, es que sea el que aproveche la mano de obra de los trabajadores, independientemente del número de sujetos que intervienen como intermediarios entre ella y los trabajadores. El segundo inciso del artículo en análisis prevé la existencia de un reglamento y el procedimiento que será fijado por la dependencia señalada; el procedimiento indicará los plazos y efectos en que se emitirán certificados para el acreditamiento del cumplimiento, monto y estado de las obligaciones laborales y previsionales. Certificados que podrá solicitar acceso la empresa principal de sus contratistas; y los contratistas de los subcontratistas, según sea el caso.

Cabe recalcar que se insiste en que la empresa principal deba tener la misma facultad no solo para con sus contratistas, sino también para con los subcontratistas de estos últimos, por la misma razón, es la empresa principal la que obtiene el beneficio directo del servicio prestado por los trabajadores. El tercero de los incisos incluye un mecanismo para hacer valer los derechos de los trabajadores, cuando el contratista o subcontratista no los hayan cumplido, según sea el caso. Mecanismo que mediante la retención de las obligaciones que tengan estos, el empresa principal o el contratista hagan de sus obligaciones para con el contratista o subcontratista, respectivamente. Asimismo, la empresa principal o subcontratista puede realizar una subrogación por pago. Estos mecanismos, serán en favor de los trabajadores y de la institución previsional acreedora. De nueva cuenta, debería de hacerse patente esta posibilidad de retención de pago, y de subrogación por pago, para la empresa principal y el subcontratista, sin que el contratista sea el único facultado para dicha retención y subrogación. Por último, se faculta a una dependencia pública para que ponga en conocimiento de la empresa principal acerca de los incumplimientos laborales o de previsión que se advirtieran de las fiscalizaciones que se les practiquen a los contratistas o subcontratistas, de la misma manera se le podrá notificar a la

empresa contratista de los incumplimientos laborales y previsionales respecto de sus subcontratistas.

Por lo que respecta del artículo 183-D, su redacción termina por colmar la problemática de la solidaridad y subsidiaridad de la empresa principal y el contratista; para con el contratista y el subcontratista, respectivamente. Su texto dice a la letra:

“Artículo 183-D. Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infracciones a la legislación laboral y previsionales que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciere efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente.”

De la lectura del texto recién transcrito, se desprende que cuando la empresa principal hace efectivo su derecho de ser informada y el de retención de los derechos del contratista, por efecto de advertir incumplimiento de obligaciones de éste con sus trabajadores y la institución previsional, es aquella responsable de manera subsidiaria para con los obreros y la dependencia previsional, con el límite temporal que corresponda mientras se haya prestado el servicio en el régimen de subcontratación.

De la misma manera, procederá para el caso en que el contratista haga uso del derecho de ser informado y de retención, y que advierta incumplimiento de obligaciones laborales y de previsión del subcontratista con sus trabajadores. Así aplicará también, cuando la dependencia pública notifique a la empresa principal o al contratista de omisiones o incumplimientos que se deriven de las fiscalizaciones practicadas a los contratistas o subcontratistas, en su caso; la empresa principal y el contratista será subsidiariamente responsable si hiciere efectivo el derecho de retención. Es pertinente señalar que no se trata de la misma responsabilidad a que hace alusión el artículo 183-B, puesto que ésta última, se refiere a la responsabilidad solidaria cuando un trabajador ejercita una acción en contra de su empleador directo y endereza la demanda y exigencia contra el contratista o subcontratista al mismo tiempo; en cambio, la responsabilidad de la que habla este artículo 183-D, se refiere a una obligación subsidiaria, pero cuando la empresa principal o el contratista hacen efectivo su derecho de ser informados y de retención, y cuando la autoridad de inspección les informa acerca de incumplimientos a los derechos de los trabajadores y de previsión.

El último de los artículos que el Código del Trabajo chileno regula la subcontratación, es el artículo 183-E, que reza:

“Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley No. 16.744 y el artículo 3o el Decreto Supremo No. 594, de 1999, del Ministerio de Salud.

En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1o al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes le reconocen en relación con su empleador”.

Al respecto, el artículo hace énfasis en las obligaciones para la empresa principal, acerca de los riesgos de trabajo, las medidas para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, y la adopción de medidas de seguridad e higiene; así como del préstamo de los elementos necesarios para que los trabajadores accedan a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica, para el caso de accidente o emergencia. Ello, en términos de la Ley No. 16.744, que regula la protección frente a un accidente o enfermedad profesional. Por otro lado, excluye de esas obligaciones y responsabilidades cuando el beneficiario y quien encarga la obra sea una persona natural, y se trate de una construcción de edificación por un precio único prefijado.

3.3 La regulación de los servicios transitorios

El Párrafo 2o del Título VII, denominado “De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios, regula el segundo tipo de relación laboral de tercerización, o en que participa un intermediario. Al efecto, este tipo de contrato se trata de la prestación de un servicio por medio de trabajadores que prestarán servicios de manera transitoria, es decir, sin que implique una relación laboral permanente. Los sujetos involucrados en este tipo de contrato son tres, mismos que son descritos por el artículo 183-F, que a la letra dice:

“Para fines de este Código, se entiende por:

- a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores par acumplir en estas últimas, tareas de carácter

transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades en el ámbito de los recursos humanos.

b) Usuaría: toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código.

c) Trabajador de Servicios Transitorios: todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2o”.

Se trata de un servicio que presta una empresa debidamente inscrita para tal efecto, de poner a disposición de otra empresa trabajadores para que presten servicios de manera ocasional o transitoria, esto es, sin generar algún tipo de derecho de antigüedad o relación laboral indefinida; la empresa a la que ponen a su disposición trabajadores, debe de cumplir también unos requisitos y supuestos para que se justifique esa puesta a disposición de trabajadores. De acuerdo al artículo 183-G, el servicio de puesta a disposición se deberá de pactar mediante un contrato que será revisado por la autoridad laboral administrativa, con la finalidad de validar que se cumplen con las hipótesis que la ley indica en su artículo 183-Ñ, para el caso de la empresa usuaria.

Por otro lado, para el caso de las Empresas de Servicios Transitorios, de acuerdo al artículo 183-I, no deben de mantener ningún tipo de relación societaria, ni ser matrices, filiales, coligadas, ni de participación, ni ningún tipo de interés directo o indirecto con las empresas usuarias, so pena de perder su registro y además hacerse acreedoras a una multa de 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador contratado, resolución que deberá de ser fundada por la autoridad competente, misma que puede ser impugnada ante la autoridad judicial correspondiente.

El artículo 183-J prevé la obligación de toda empresa que quiera prestar el servicio de puesta a disposición, de constituir garantía permanente, consistente en

250 unidades de fomento, que aumentará en proporción de acuerdo al número de trabajadores que contrate, así, si contrata 100 o menos, aumentará en una unidad más, si son entre 150 y 199, aumentará en 0.7 unidades de fomento por cada trabajador, y si fueran 200 o más trabajadores, la garantía será aumentada en 0.3 unidades de fomento por cada uno; la garantía será reajustada anualmente de acuerdo al número de trabajadores. La garantía será destinada al pago a los trabajadores transitorios en caso de incumplimiento por parte de la empresa de servicios transitorios, por obligaciones legales y contractuales, así como las multas que se puedan aplicar por infracciones a la ley.

Además, el artículo 183-L regula una multa general, para el caso de cualquier infracción al Código por una empresa de servicios transitorios, consistente en multa a beneficio fiscal de ochenta a quinientas unidades tributarias mensuales. En todo caso, sanciones más graves como la cancelación de la inscripción del registro puede ser resuelta por la autoridad competente, de acuerdo al artículo 183-M, en casos de incumplimientos en reiteradas ocasiones y graves a la legislación laboral o previsional, o por tener el carácter de deudora en un procedimiento concursal de liquidación, salvo que se decrete la continuidad de sus actividades.

El contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, debe de constar por escrito, en la que se debe de señalar la hipótesis que habilita a la empresa usuaria a recibir el servicio, la duración y la cantidad pactada para ello. Por otro lado, también deberá de indicar si los trabajadores de servicios transitorios tendrán derecho o no a la utilización de transporte e instalaciones colectivas de la empresa usuaria. El contrato debe de ser celebrado en un dentro de un periodo de cinco días posteriores a la incorporación del trabajador, o de dos días, si su duración será menor de cinco días, bajo pena de que a falta de contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, el o los trabajadores serán considerados como dependientes de la empresa usuaria, mediante una relación laboral común, que será regida por la legislación laboral ordinaria, independientemente de que se le apliquen otro tipo de sanciones, según lo indica el artículo 183-N.

Por su parte, el artículo 183-Ñ indica expresamente las únicas hipótesis mediante las cuales la empresa usuaria puede celebrar un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, que se transcribe a continuación:

“Artículo 183-Ñ. Podrá celebrarse un contrato de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios cuando en la usuaria se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados;
- b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza;
- c) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;
- d) período de inicio de actividades de empresas nuevas;
- e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o
- f) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria”.

Esto significa que solo bajo las causas expresamente señaladas es que se autoriza que una empresa pueda ser usuaria o beneficiaria del servicio de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios. Tal y como se advierte, se trata de casos en los que los servicios a prestar, justifica por su propia naturaleza y finalidad, la prestación de esos servicios transitorios. Sin embargo, no se sostiene que así lo sea en el caso del supuesto marcado con la letra d), consistente en periodo de inicio de actividades de empresas nuevas, toda vez que si fuera el caso de una empresa nueva, en el periodo que está iniciando actividades, y se trata de las

actividades que va a realizar de manera habitual, pues para eso se consolidó y están relacionadas con su objeto o giro comercial, así como con los bienes o servicios que ofrece, es natural y evidente que esos servicios que los trabajadores ejecutarán carecen de la característica de transitorios, puesto que la empresa usuaria habrá de iniciar actividades de acuerdo a su planeación, logística y recursos disponibles, en el entendido de que si llegara a crecer y verse en el caso de una posible expansión, sin problemas podría contratar un número de trabajadores.

Independientemente de lo anterior, la misma legislación laboral regula las duraciones máximas de vigencia de los contratos de puesta a disposición, a saber, para el caso de la suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, de uno o más trabajadores por licencias médicas, descansos de maternidad o feriados, la puesta a disposición podrá ser para cubrir el tiempo de ausencia de que se trate; para el caso de eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza y aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria, no podrá exceder de 90 días; cuando se trate de proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados y período de inicio de actividades de empresas nuevas, no podrá exceder de 180 días. No existe la posibilidad de renovación, empero, si subsiste la materia motivo de la contratación, se podrá prorrogar por un tiempo igual, respectivamente, todo esto, en atención al artículo 183-O del mismo ordenamiento legal.

Por otro lado, la misma legislación en su artículo 183-P prohíbe la contratación del servicio de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, so pena de en caso de contravención, la empresa usuaria obtendrá la responsabilidad de un empleador común, aplicándole en consecuencia las normas de las relaciones laborales generales, y por ende, adquirirá la empresa usuaria el carácter de empleador para con los trabajadores afectados, además, la empresa usuaria será sancionada con una multa equivalente a diez unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado, lo anterior en relación directa con el diverso artículo 183-U, para el caso de obtener trabajadores de servicios transitorios en supuestos distintos a los

permitidos por la ley; y con el artículo 183-AA, para la hipótesis de que se pongan a disposición trabajadores de servicios transitorios por parte de empresas que no estén inscritas en el registro correspondiente. Los casos por los que no se podrá contratar el servicio de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios son: a) para realizar tareas en las cuales se tenga la facultad de representar a la usuaria, tales como los gerentes, subgerentes, agentes o apoderados; b) para reemplazar a trabajadores que han declarado la huelga legal en el respectivo proceso de negociación colectiva; o c) para ceder trabajadores a otras empresas de servicios transitorios. Por su parte, el artículo 183-Q restringe el pacto en que se prohíba la contratación por parte de la empresa usuaria, a los trabajadores de servicios transitorios, fuera de los casos recién señalados, naturalmente.

El artículo 183-R señala las formalidades que deben de observarse al contratar al trabajador, por parte de la empresa de servicios transitorios, es decir, el empleador. Es denominado Contrato de trabajo de servicios transitorios, y exige que contenga al menos la misma información que se requiere para el contrato de trabajo común, a su vez, debe de realizarse dentro de los cinco días siguientes a la incorporación del trabajador, pero si la duración del mismo será inferior a cinco días, deberá de realizarse dentro de dos días de iniciada la prestación de servicios; por otra parte, una copia del contrato deberá de ser proporcionada a la empresa usuaria y beneficiaria del servicio transitorio. El artículo 183-S prohíbe la exigencia de algún cobro al trabajador por cualquier concepto, sea capacitación, puesta a disposición, o de cualquier otra naturaleza.

Por otro lado, si el trabajador continúa prestando sus servicios en beneficio de la empresa usuaria una vez expirado el plazo del contrato de servicios transitorios, ésta se convertirá en empleador, que mantendrá ahora una relación laboral de duración indefinida, de la que al trabajador se le respetará la antigüedad desde el momento en que inició la prestación de servicios a la empresa usuaria, tal y como lo establece el artículo 183-T.

Por otro lado, los artículos 183-W y 183-X del Código del Trabajo chileno regulan un aspecto muy importante, en lo que de acuerdo a la legislación mexicana, puede considerarse como un indicador para determinar subordinación dentro de la

relación laboral, en consecuencia, fincar responsabilidades patronales hacia el que ejerce la facultad en comento; propiamente, el artículo señala lo siguiente:

“Artículo 183-W. Será obligación de la usuaria controlar la asistencia del trabajador de servicios transitorios y poner a disposición de la empresa de servicios transitorios copia del registro respectivo.

En el registro se indicará, a lo menos, el nombre y apellido del trabajador de servicios transitorios, nombre o razón social y domicilio de la empresa de servicios transitorios y de la usuaria, y diariamente las horas de ingreso y salida del trabajador.

Artículo 183-X. La usuaria tendrá la facultad de organizar y dirigir el trabajo, dentro del ámbito de las funciones para las cuales el trabajador fue puesto a su disposición por la empresa de servicios transitorios...”

Como se puede apreciar, la empresa usuaria se convierte en un agente participativo con respecto a la relación laboral y las obligaciones del trabajador, aún cuando se trata de una relación laboral específica, en la que el empleador y de quien depende el trabajador no es el que se beneficia de su mano de obra, sino la usuaria del servicio de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, ésta termina ejerciendo funciones patronales, o que son inherentes al empleador. Participa la empresa usuaria, en el control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, aun cuando no funja como su empleador. En la legislación laboral mexicana, esa simple atribución y ejercicio, constituye uno de los elementos de la relación laboral general, configurándose ésta con aquél que ejerza esa subordinación.

Por su parte, el artículo 183-AB del ordenamiento jurídico en análisis, ordena la responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria acerca de las obligaciones laborales y previsionales. No obstante, todo lo relativo a las medidas de higiene y seguridad en el trabajo, así como del Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales que regula la ley No. 16.744, con especial énfasis en las medidas de prevención de riesgos, y lo referente a indemnizaciones,

se arroja de manera directa su responsabilidad de la usuaria, así como la obligación de adoptar las medidas necesarias respectivas. También, cuenta con la obligación de informar al organismo administrador en que esté afiliada la empresa de servicios transitorios, cuando ocurra uno de los siniestros indicados en la legislación señalada y que puedan constituir riesgos o enfermedades de trabajo. Así, la legislación chilena concreta de manera clara y directa las obligaciones en materia de seguridad e higiene, así como medidas preventivas en materia de riesgos de trabajo; situación contraria sucede en la normativa mexicana, pues aunque se señale en ésta última que el obligado es el contratista, queda un gran vacío cuando los servicios subcontratados son prestados en las instalaciones del contratante.

En suma, la legislación laboral chilena cuenta con una regulación completa, exhaustiva y detallada en relación a los dos tipos de tercerización o intermediación que permiten. Los sujetos, funciones y relaciones que se crean, así como los derechos y obligaciones que devienen, se encuentran claramente especificados. Las hipótesis mediante las cuales se permiten esas intermediaciones, y los casos en que están prohibidos, se encuentran claramente descritos. La manera pormenorizada de la regulación de la subcontratación y la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, son formas de tercerización o intermediación que en la Ley Federal del Trabajo mexicana no se hace distinción.

Por su parte, la distinción entre esas dos figuras del derecho del trabajo, en que participa un tercero y que funge como intermediario, o se hace responsable del carácter patronal entre el trabajador que es quien presta sus servicio, y el que se beneficia de esa mano de obra, es que en la subcontratación, la relación laboral que se da, así como el servicio que se presta, son de carácter indefinido o permanente; sin embargo, en el caso de la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, la empresa que presta el servicio de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, será por una duración determinada y que no puede exceder el límite legal. A su vez, las causas por las que proceden cada uno de estas modalidades de tercerización o intermediación, son distintas en su naturaleza, y se distingue claramente la finalidad permanente y especializada en la primera, así como la momentánea en la segunda.

Por otro lado, resulta interesante la distinción que ocurre entre ambas legislaciones con relación a la subcontratación y su regulación. En el caso de la legislación mexicana, la subcontratación se da entre una empresa llamada contratista y otra empresa denominada contratante, la primera ejecuta obras o servicios mediante trabajadores con los cuales guarda relación laboral, obras o servicios de los que es beneficiaria la empresa contratante, por lo que el número de sujetos que intervienen en la estructura, son tres; por otra parte, en la normatividad chilena, la subcontratación consta de una empresa contratista o subcontratista se encarga de prestar servicios o ejecutar obras en favor de otra persona dueña de la obra, empresa o faena, los servicios u obras son ejecutados por medio de trabajadores con los cuales la empresa contratista o subcontratista guarda el carácter de empleador, en consecuencia, la esta ley obrera chilena concibe la posibilidad de una intervención por un cuarto sujeto, esto es, que una empresa subcontratista, en su carácter de empleadora de los trabajadores, ejecute obras o servicios por medio de estos, en favor del dueño de la obra, empresa o faena, en virtud de una relación contractual que tiene con un contratista. Este tipo de intermediación implica entonces que concurren dos sujetos distintos además de los trabajadores y el dueño de la obra, empresa o faena, es decir, del beneficiario de la mano de obra. En el caso de la legislación mexicana, esta configuración no es permitida, aun cuando la salvaguarda de derechos laborales de los trabajadores es más escueta.

La legislación chilena otorga mayores facultades a la empresa que ejecuta las obras o servicios que la mexicana. Es decir, la legislación laboral chilena regula la facultad de la empresa principal, el dueño de la obra, empresa o faena de solicitar del contratista sobre el cumplimiento de sus obligaciones, así como la posibilidad de ejercer el derecho de retención con respecto a sus propias obligaciones contractuales de subcontratación. Esto significa que la ley laboral creó unos mecanismos para hacer efectivos los derechos de los trabajadores, de manera que la empresa principal o contratista, según sea el caso, pueda asegurarse de que los trabajadores no sean afectados por culpa de su empleador, llámese contratista o subcontratista. Sin embargo, se niega que esos mecanismos sean perfectos y que se hagan efectivos los derechos de los trabajadores de manera absoluta. Esto es así, ya que a faculta de ser informada y de realizar la retención por parte de la empresa principal, es un derecho por el que puede optar, no una obligación; depende de la voluntad del

beneficiario de la mano de obra para ello, aún cuando la misma legislación indica que la instancia pública deberá poner en conocimiento de la empresa principal o contratista, en su caso, cuando la empresa contratista o subcontratista inflija la ley laboral o previsional, en mérito de las fiscalizaciones que practique, empero, sigue siendo únicamente optativo de la empresa principal o contratista ejercer los derechos de información y retención aludidos. Cobra mayor importancia la negación de que es un mecanismo idóneo el derecho a ser informado y de retención de la empresa principal o contratista, según sea el caso, toda vez que si hicieran uso de ese derecho, adquirirán responsabilidad subsidiaria, sobre las obligaciones que afectaren al contratista o subcontratista, respectivamente, con sus trabajadores; razón suficiente para considerar que esas facultades no siempre podrán ser ejercidas por la empresa principal o el contratista. Ahora bien, por lo que hace a la legislación mexicana, únicamente ordena que al contratante el asegurarse de al momento de celebrar el contrato, que cuenta con los elementos necesarios y suficientes para cumplir con las obligaciones que se deriven con sus trabajadores; sin embargo, omite indicar la consecuencia a la omisión de ese aseguramiento, o los efectos si resultare que no cuenta con esos elementos. Además, la normativa laboral mexicana únicamente señala esa obligación al momento de celebrar el contrato entre el contratante y el contratista, pero carece de efectos jurídicos para momentos posteriores a la celebración del contrato, y al ser obligaciones de tracto sucesivo, así como periódicas, la medida es inefectiva.

Por otra parte, es de señalar que estas figuras jurídicas de intermediación o tercerización, afectan al derecho de remuneración de los trabajadores en cuestión, toda vez que de acuerdo al artículo 42 del Código del Trabajo de la República de Chile, en su inciso marcado con la letra d), señala que la participación, entendida por esta la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o solo de la una o más secciones o sucursales de la misma, constituye remuneración, a la que los trabajadores tienen derecho, empero, cuando el carácter de empleador lo tiene un contratista, subcontratista, o una empresa de servicios transitorios, las utilidades que pueden generar, no serán las directamente relacionadas con la mano de obra que prestaron los trabajadores, además de que sería desproporcionado, en mérito de las mismas razones que se han expuesto respecto de la afectación al salario con la subcontratación en el Capítulo II de este documento. La proporcionalidad del

salario en el uso de la subcontratación y de la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios no se hace patente, puesto que el pago enterado por el contratista o subcontratista (en la subcontratación) y por la empresa de servicios transitorios (en la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios) sufre una merma al valor otorgado por esos servicios. Además, dentro de las remuneraciones que deben de obtener los trabajadores, la participación en las utilidades no se actualizan, ya que aun cuando reciban algún tipo de pago por concepto de utilidades, lo obtendrán por parte de su empleador, del contratista o subcontratista (en la subcontratación) y por la empresa de servicios transitorios (en la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios) respectivamente, y no de la empresa principal, dueño de la obra, empresa o faena, ni de la empresa usuaria, también respectivamente. Entonces, la participación en las utilidades que hagan los trabajadores, sería en mérito de las utilidades generadas por su empleador, y no por el beneficiario de su mano de obra, razón por la cual la proporcionalidad entre su mano de obra y su remuneración no se hace presente.

La falta de proporcionalidad en la remuneración con relación a la mano de obra de los trabajadores en Chile, situaciones permitidas y reguladas por la subcontratación y la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, contraviene el fundamento constitucional de la justa retribución por el trabajo, señalado y otorgado por el artículo 19 número 16 de la norma fundamental en comento. Se afirma que una retribución justa debe de mantener la característica de proporcionalidad, de acuerdo al valor que se le da en el mercado de trabajo, y el obtenido por quien presta esa mano de obra. La legislación chilena aunque de una manera más detallada y específica, regula formas de intermediación laboral, que en una apariencia de mayor protección que en el caso mexicano, finalmente carece de justificación axiológica desde el punto de vista de los trabajadores. Las condiciones de mercado, el capitalismo, el neoliberalismo y el Estado por medio de las normas de trabajo, terminan por afectar los derechos de los trabajadores y la justicia social.

Así, las diferencias esenciales entre las figuras que se regulan tanto en la legislación chilena como la mexicana, se pueden resumir de la siguiente manera. Por un lado, en la legislación mexicana se prevé la subcontratación de mano de obra para efectos de realizar funciones especializadas, que no constituyan la actividad principal

ni la totalidad de las del que se beneficie de esos servicios, sin que se especifique la duración o temporalidad de ese servicio, pues únicamente estaría determinado por el contrato civil entre el contratista y contratante. Además, la relación laboral entre el trabajador y su patrón, es decir, el contratista, deberá de ser por tiempo indeterminado, al no especificar la norma una duración distinta .

Empero, para el caso chileno, se regulan dos tipos de prestación de servicios tercerizados, la subcontratación propiamente dicho y la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios. En la subcontratación chilena, se aprecia una equiparación al caso mexicano de manera general, a la cual se le añade el factor de que puede haber más de un sujeto como intermediario entre la empresa principal y el trabajador. Estos sujetos denominados contratista o subcontratista son los encargados de prestar servicios, que a diferencia de la legislación laboral mexicana, no se exige que sean especializados. Por otro lado, la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, es la figura jurídica que permite que un sujeto en su carácter de empleador, a solicitud de una empresa usuaria, ponga a su disposición uno o más trabajadores para realizar alguna actividad de carácter transitoria, momentánea y determinada en tiempo. La ley chilena marca los límites temporales máximos por los que los trabajadores estarán prestando sus servicios para la empresa usuaria; la diferencia entre estas dos figuras chilenas, es el tiempo que los trabajadores estarán prestando sus servicios para la empresa beneficiaria.

Además, por cuanto a los sujetos que intervienen, aún cuando haya equiparación de ellos sustancialmente, los términos o designaciones son distintos. La ley mexicana señala al contratante, contratista y trabajador; consistiendo en el beneficiario del servicio, el que ostenta como patrón o empleador y el trabajador propiamente dicho, es decir, el que presta su mano de obra a cambio de un salario, respectivamente. El caso de Chile regula en la subcontratación a la empresa principal que es el dueño de la obra, empresa o faena; al contratista o subcontratista; y al trabajador, también respectivamente. Además, para la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, designa los términos de empresa usuaria; empresa de servicios transitorios; y trabajador de servicios transitorios, de igual manera, respectivamente. Así, como se aprecia, se trata de una diversidad

terminológica, sin embargo, constituye en analogía a los tipos de sujetos que intervienen de acuerdo a las funciones que desempeñan.

Por lo anterior, y para mayor ilustración, se elabora una tabla comparativa para esclarecer las distinciones y similitudes de las dos regulaciones:

	Subcontratación (México)	Subcontratación (Chile)	Puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios (Chile)
Servicio tercerizado	Servicios especializados	Obras o servicios	Servicios transitorios
Duración de la relación laboral	Tiempo indeterminado	Permanente	Servicios transitorios
Beneficiario de la mano de obra	Contratante	Empresa principal, dueño de la obra, empresa o faena	Empresa usuaria
Empresa intermediaria	Contratista	Contratista o subcontratista	Empresa de servicios transitorios
Prestador de la mano de obra	Trabajador	Trabajador	Trabajador de servicios transitorios

Del análisis a las figuras de subcontratación y de la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, se advierte que de la misma manera que en el caso mexicano, alguna forma de tercerización es regulada en Chile. Precisamente, existen formas de establecer relaciones de trabajo emanadas de un contrato de trabajo distinto al clásico obrero-patrón. Empero, es de advertirse que para que se actualice determinada figura, ya sea la subcontratación mexicana, la chilena o la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, deben de cumplirse determinadas exigencias y requisitos.

También es observable, que si un agente comercial no cumple con la normatividad laboral con respecto a esos requerimientos para la conformación de las figuras laborales en estudio, o se efectúen esos tipos de contratación en simulación de ellos, o con la finalidad de un desvío de obligaciones laborales, se trataría de un mero encubrimiento en detrimento de los trabajadores involucrados. Opinión concordante con la doctrina, pues Irene Rojas le atribuye el calificativo de “cesión ilegal de trabajadores” a aquellas maquinaciones que precisamente incumplan con los requisitos esenciales que la ley señala para la subcontratación y el suministro de trabajo, esto es, la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios. Las tipologías en que se pueden concretar, señala la autora en comentario son dos, lo que refiere como simulación de subcontratación laboral, esto implica un incumplimiento de los requisitos legales, o que únicamente implique una intermediación de trabajadores a una faena. La segunda hipótesis que puede traer una cesión ilegal corresponde al incumplimiento de los mínimos requisitos que para los trabajos transitorios señala la norma; este caso conlleva 4 posibles causas, a saber, si el contrato de puesta a disposición establece la realización de actividades expresamente prohibidas; además puede que las actividades del contrato se refiera a actividades diferentes a las justificables para los servicios transitorios; por otro lado, que se intente encubrir una relación permanente de la empresa usuaria; y por último que la empresa usuaria contrate con un sujeto que no esté inscrito en el registro correspondiente.⁹⁵

En este tenor, son dos consecuencias jurídicas que devienen de una cesión ilegal de trabajadores: la imputación de la relación laboral a la empresa principal o usuaria; y la actualización de una infracción por una simulación de contratación de trabajadores mediante terceros. La anterior escritora, señala que la cesión de trabajadores o suministro de trabajadores se pueden realizar en supuestos encubrimientos, que aunque jurídica y formalmente no represente una contravención bajo la permisividad de la norma, una masificación de la cesión ilegal de trabajadores en Chile puede tener su advenimiento de acuerdo a datos empíricos que refiere; puesto que un 32.6% de la subcontratación se trata de la actividad principal de la empresa,

⁹⁵ Rojas, Irene, “La externalización laboral y la cesión ilegal de trabajadores en el sistema jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, vol. 16, no. 1, 2010, recuperado el 18 de abril de 2020, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000100007&lng=es&nrm=iso

según datos de la Encuesta Laboral, Encla de la Dirección del Trabajo, a su vez que es notoria la incidencia en las grandes y medianas empresas. Lo anterior cobra relevancia, ya que antes de la permisión de la norma de la subcontratación o de la puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios, se realizaba de manera informal o de palabra en un 9.3%, o de palabra con alguna boleta o factura de promedio en un 51.8% de las veces, entretanto únicamente el 26.1% de los acontecimientos se realizaban por escrito. Por otro lado, la misma doctrinaria atribuye que dado que el 43.1% de los casos se trata de grupos familiares o talleres pequeños, corren un especial riesgo al consistir sujetos miembros de un sector de debilidad económica. Por último, de acuerdo a la misma encuesta, se refleja un alto nivel de dependencia económica por parte de las empresas subcontratistas con respecto a la empresa principal. A su vez, fundando en diversos recursos que las empresas fiscalizadas interpusieron en contra de la Dirección de Trabajo, se advirtió una tendencia en un alto número de trabajadores supuestamente subcontratados pero que realmente dependían de la empresa principal, casos que engloban los quinientos, mil o más trabajadores.⁹⁶

De lo anteriormente narrado, se advierte una similitud al caso mexicano en lo que respecta e implica una tercerización de la mano de obra en detrimento de los propietarios de ésta última. Cuando la norma positiva permite una figura que se puede utilizar en simulación en perjuicio del más desvalido, se entiende que el aparato estatal está siendo ineficiente. Se deja de garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores al ser víctimas de encubrimientos empresariales, que con la visión siempre rapaz de obtener cualquier beneficio económico a toda costa, los agentes del sector privado la realizan sin ningún tipo de remordimiento. La problemática se agrava si la norma jurídica permite ese tipo de configuraciones contractuales, máxime en un contexto social como lo es la prestación de la mano de obra a cambio de un salario, pues tratándose de un trabajador, que material y realmente ya se encuentra en desventaja en la serie de actividades económicas, sociales, culturales, entre otras, es irrisorio que la normatividad permita y promueva ese tipo de vulnerabilidades. Es evidente la semejanza en la ineficacia de los derechos fundamentales y la dignidad

⁹⁶ Ídem

humana que la norma jurídica ocasiona tanto en el caso mexicano como en el caso chileno.

Capítulo IV. Concepción del derecho del trabajo dentro del derecho social

El derecho del trabajo es parte de uno de los grandes grupos de derecho en que se puede dividir los tipos de normas jurídicas que nos pueden regir. El derecho privado y uno de los más antiguos, desde el Derecho Civil en Roma, se encarga de regular las relaciones jurídicas que existen entre particulares, mismas que por únicamente afectar a esos particulares que participan en el acto jurídico, solamente les compete a los celebrantes. Con respecto a este gran grupo de normas jurídicas, podemos encontrar precisamente al Derecho Civil, que como ya hemos mencionado, es de los más antiguos, pero con la complejidad que a través de los años las relaciones entre particulares, así como las necesidades de regularlas, han nacido otras ramas del derecho que también son parte del derecho privado, ejemplo de ello es el derecho mercantil, que regula las actividades comerciales o los actos de comercio entre particulares; derecho societario; de sucesiones; contractual; entre otras.⁹⁷

Por otro lado, a propósito de tiempos más modernos, es decir, de momentos posteriores al renacimiento, cuando aproximadamente en el siglo XVI, después de la caída del imperio romano, las sociedades se hicieron más complejas, pues empezaron a existir diversas distintas sociedades, que exigían una regulación normativa menos simple que únicamente normas de derecho civil, dando nacimiento a las distinciones entre derecho privado y de derecho público.

El denominado derecho público es el encargado de regular las relaciones existentes entre el Estado como autoridad y los gobernados, o entre un Estado y otro.⁹⁸ La característica principal en las ramas del derecho que aquí comprenden, es que el Estado actúa con facultad de imponerse, de mandar u ordenar, sin que exista posibilidad de negociación en sus determinaciones por parte del destinatario de esas exigencias. Dentro de éste grupo se encuentran el derecho penal, encargado de

⁹⁷ Hinestrosa, F., "Actualización y unificación del derecho privado", de *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, no. 35, julio-diciembre 2018, 5-17, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.18601/01234366.n35.01>.

⁹⁸ Moto, Efraín. *Elementos de Derecho*, Editorial Porrúa, 47a Edición, México, 2002, pp. 8-9.

regular las conductas típicas que constituyen delitos; el derecho administrativo, que determina las normas o reglas a que se deben de ajustar las relaciones entre gobierno y ciudadano, en materia de servicios públicos por ejemplo; derecho fiscal o tributario, establece el vínculo entre el fisco y el contribuyente para la participación en el gasto público; entre otros.⁹⁹

No es sino hasta el siglo XIX que por presión de diversos movimientos sociales, el Estado se vio presionado a intervenir en las relaciones de producción, que hasta ese momento, eran reguladas por el derecho civil, por arrendamiento de servicios, por ejemplo. Por tal razón es que nacen las normas de derecho social, estas últimas se caracterizan por la protección tendiente a aquel que se vea más desprotegido o vulnerable en una relación jurídica determinada. El primer esbozo de este tipo de derecho social es el conocido como derecho del trabajo, en donde el arrendamiento de servicio deja de serlo, para reconocer una configuración entre un sujeto con capital que requiere de otro su mano de obra.¹⁰⁰

El apuntado derecho del trabajo, que le dio vigencia a reconocimientos de derechos para trabajadores en el ámbito de enfermedad o cuando su vida productiva terminaba por ejemplo, no es la única especie de normatividad comprendida dentro del derecho social recalcado. El relativo a la repartición de las tierras a los campesinos es otro de los tipos. Como es natural, esta investigación está enfocada en el derecho del trabajo.

Es dable reconocer que las divisiones anteriormente señaladas, no se debe a una separación de tipo de normas, ni que se trate de distintas normas esencialmente, sino que atienden a una diferencia en cuanto al tipo de relación que regulan, así como a las consecuencias que pueden originar. Esto es en cuanto a que si el derecho público es aquél que ordena el Estado en su carácter de autoridad, el derecho privado,

⁹⁹ Quintana, Elvia, "Derecho público y derecho privado", en González, Nuria (Coord), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano, Historia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 282, 2006, pp. 407-427, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1855-estudios-juridicos-en-homenaje-a-marta-morineau-t-i-derecho-romano-historia-del-derecho>.

¹⁰⁰ Chacón, David, "El derecho social. Auge o crisis de un paradigma", en *Alegatos*, núm. 81, mayo-agosto de 2012, México, pp. 373-392, recuperado el 11 de septiembre de 2018, disponible en: <http://zaloamati.azc.uam.mx/bitstream/handle/11191/171/EI%20derecho%20social.pdf?sequence=1>.

para ser derecho, también se tuvo que haber procesado por la maquinaria estatal, lo que implica que también puede ser concebido como público en el sentido de que una autoridad lo mandata. Por otro lado, David Chacón apunta otras cuestiones acerca de la posible confusión entre normas de naturaleza privada, pública o social, en relación a su contenido y caracterización, al respecto indica:

“...leyes como la del trabajo y de la seguridad social, conocidas por inercia como leyes sociales, contienen muchas normas que son de derecho público, puesto que determinan competencias o atribuciones de las autoridades ejecutivas y jurisdiccionales. La justiciabilidad de los derechos sociales debe hacerse ante los tribunales que independientemente del poder estatal al que estén incorporados, ejercen funciones públicas. Lo mismo sucede con los códigos civiles y mercantiles. Por el contenido de sus reglas encontramos que muchas de sus reglas son también de derecho público, incluso, también se hallan normas que protegen intereses de sujetos con desventajas, lo que podría determinar un cierto contenido de derecho social. Para mayor abundamiento, se hace necesario citar el ejemplo de las normas que regulan las instituciones del matrimonio, la tutela, las filiaciones y el patrimonio familiar, entre otras.”¹⁰¹

Sin embargo, su distinción se da entre los sujetos que entrañan la relación que regulan. Para el caso del derecho social, división más moderna que las restantes dos, su caracterización no encuadraba dentro de ellas, por lo que vino a conceptualizar un nuevo tipo de relaciones que antes eran reguladas como alguno de los otros previos. Se conciben nuevas estructuras en las que los significados del hombre y la persona son distintos, observando una perspectiva tanto teórica como didáctica distintas.¹⁰²

Por ello, es necesario adentrarse en el análisis de lo que el derecho social implica, sus orígenes y fines, así como su esencia.

¹⁰¹ Ídem

¹⁰² Ídem

4.1 Derecho social

El derecho social surgió de diversos movimientos sociales de los cuales, a raíz de diferencias en las clases sociales, se empezó a buscar una equidad en esas clases, principalmente otorgando mayores beneficios a aquellos que se encuentren en un estado de vulnerabilidad o de desventaja frente a otro que presenta una condición favorable.

De una manera muy puntual y concreta lo conceptualiza Libia Reyes Mendoza en su libro titulado “Introducción al estudio del derecho” de la siguiente manera:

“Conjunto de normas jurídicas resultado de una nueva concepción del ser humano con respecto del Derecho; pretende regular equitativa y equilibradamente las relaciones que se dan entre el Estado y los particulares, principalmente los más débiles y desprotegidos, proponiéndose evitar la discriminación de ciertas clases sociales y buscando alcanzar la paz social.”¹⁰³

Atinada y en sintonía a lo que el profesor Radbruch concebió como tal: “Es el resultado de de una nueva concepción del hombre por el derecho, de una nueva imagen del hombre ante el legislador.”¹⁰⁴ Cita interesante que realiza Abelardo Rojas en atención del tema en análisis que cobra especial importancia por el énfasis que se advierte en esa nueva concepción del hombre frente al Derecho. Por su parte, Sergio García Ramírez y Eduardo F. Stafforini, citados por Rojas, concuerdan con Libia Reyes al indicar que son normas jurídicas con la finalidad de proteger a los más débiles, así como que éstas están inspiradas en una nueva concepción del hombre y de la justicia. Sin embargo, no hay que olvidar que el derecho social no es únicamente el derecho del trabajo, no se agota ahí, tampoco es la totalidad de un orden jurídico.¹⁰⁵

¹⁰³ Reyes, Libia, Introducción al estudio del derecho, Red Tercer Milenio, México, 2012, p. 52, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/sistemas/Introduccion_al_estudio_del_derecho.pdf.

¹⁰⁴ Rojas, Abelardo, “Derecho social y noción universal del derecho”, Facultad de Derecho de la UNAM, 1991, documento en línea, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/download/30110/27185>

¹⁰⁵ Ídem

Tratándose de normas que están inspiradas en conceptos como la dignidad del hombre y la justicia, y que encaminadas a la protección de grupos vulnerables o débiles, las normas de derecho social intentan equilibrar la balanza de esas desigualdades, otorgando mayores beneficios o derechos a quien se encuentra en esa condición desfavorable, por tanto, arroja cargas u obligaciones, y les niega o desconoce esos beneficios a quien presenta un status fuerte y privilegiado.¹⁰⁶

Efectivamente, el hombre a través de la historia, y como producto de distintos movimientos y fenómenos sociales y políticos, ha venido desarrollando nuevas concepciones de distintos conceptos; el hombre, la dignidad del hombre, el derecho, la justicia, entre otros.

4.2 Derecho social y sus principios

Una vez referido el alcance de lo que el derecho social regula y pretende, surge la necesidad de adentrarnos en los principios en que éste se basa, ahora bien, por principios entendemos aquellos órdenes o mandatos sobre los cuales el actuar debe de estar encaminado, o como los llama Robert Alexy, “mandatos de optimización”, y que tienen la característica de que su cumplimiento puede ser realizado en distintos grados, además, su obediencia se debe no únicamente a las posibilidades reales de las circunstancias, sino también a posibilidades jurídicas, es decir, que la maquinaria normativa permita su debido y eficaz realización.¹⁰⁷

De lo anterior, se advierte que los principios son directrices por las que encaminarse, bases sobre las cuáles actuar y en las que fundarse. Así, los ordenamientos jurídicos pueden ser creados, aplicados y cumplidos siguiendo tales principios; y que unas normas pueden ser aplicados en distinto grado que otra de acuerdo al mismo principio. Esto en razón de que, para que dicha norma sea cumplida en base al principio en cuestión, su realización depende de las circunstancias particulares fácticas de la realidad social, así como de la posibilidad jurídica, esto es,

¹⁰⁶ Ídem

¹⁰⁷ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993

que el sistema normativo, la maquinaria jurídico-política, procesal e institucional lo permita de acuerdo a su estructura. Se debe de recordar el valor moral o axiológico que caracterizan a los principios, y que se conciben como normas a obedecer por parte del hombre, en todo su actuar, ya sea el individuo o el grupal o colectivo, y que esa obediencia radica precisamente por el contenido de bondad de esa norma, por su esencia que sigue el bien.¹⁰⁸

Siguiendo las líneas de Muñoz León, quien rescata dos principios estructurales del orden social, la subsidiariedad y la solidaridad, caracteriza por orden social lo que los anglosajones por *Rule of Law*, o lo que se conoce también por Estado de derecho. El orden social es aquella situación en la que tanto los miembros de una sociedad, sus grupos, las relaciones jurídicas que crean y las extrajurídicas, están encaminadas y en coordinación para lograr un bien común. Así, si la subsidiariedad y la solidaridad, como principios que son, están impregnados de una aportación axiológica dirigida a lograr un bien común; no se trata de meras sugerencias de los cuales ni el Estado ni los miembros de la sociedad puedan optar por obedecer o no, sino que son verdaderas normas jurídicas con imperio en su actuar de todos los miembros de la maquinaria del Estado, tanto públicos como privados y colectivos.¹⁰⁹

Cabe considerar que la subsidiariedad y la solidaridad son principios que se complementan, de manera que ambos permiten que haya una armonía y equilibrio entre dos polos un tanto opuestos, que en materia económica por ejemplo, se suelen contrastar. Estos extremos son la libertad individual, entendida ésta como el conjunto de actividades y conductas que el particular puede realizar dentro de un actuar autónomo, que sea lícito y de la manera que más conveniente le parezca; y una igualdad y solidaridad social, es decir, que a su vez no hayan disparidades de entre los miembros de la sociedad a la que pertenece, sobre todo porque aquél que realice actos jurídicos de los cuales es libre de hacer, celebra esos actos jurídicos precisamente en conjunto con otros particulares que también son miembros de ese

¹⁰⁸ Muñoz, León, Fernando, "Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, México, 2007

¹⁰⁹ Ídem

grupo social al que pertenece. Por tanto, dichos principios se complementan al intentar realizar un equilibrio entre los polos señalados.¹¹⁰

En el mismo hilo conductor, Bruno Delgado expone que estos principios también son contradictorios, y de acuerdo a Ariño, indica que si bien el principio de subsidiariedad intenta reducir la actividad del Estado al mínimo esencial, propiciando así una libertad de mercado para los particulares; el principio de solidaridad persigue una igualdad material entre los particulares miembros del grupo social en cuestión, permitiendo entonces la intrusión del Estado para regular en aspectos económicos en donde precisamente se advierta una desigualdad social en ámbitos de ese libre mercado.¹¹¹

4.3 Derechos sociales como derechos subjetivos

De manera ilustrativa, Rodolfo Arango Rivadeneira nos relata cómo surgieron los derechos sociales dentro de un marco histórico, y enfocada en el punto de vista ya comentado, la protección al más débil. Así, nos indica el autor que Immanuel Kant y León Diguít ya referían la ayuda al necesitado; el primero de ellos lo fundamentaba en un deber moral, mientras que el otro en un deber jurídico, sin reconocerle la condición de derecho subjetivo, es decir, de poder ser exigido ante un órgano jurisdiccional, el desvalido o débil debía ser auxiliado, ya sea por iniciativa individual o pública. Por su lado, con Robespierre la Asamblea Nacional Francesa en 1790 se constituye un Comité contra la mendicidad, emanando de esa manera derechos para aquellos en estado de necesidad. De igual manera lo indica para Otto von Bismark, el Estado prusiano e Italia. Estos últimos en mención eran meros intentos de control a la población que estaba siendo azotada por la revolución industrial, sin que hasta el momento se pudieran hacer exigibles ante autoridad judicial alguna. Como es de apreciarse, dichas determinaciones se realizaron en miras a garantizar un equilibrio social, y combatir un denominador común, la pobreza.

¹¹⁰ Delgado, Bruno, “El rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad económica: el caso de la Constitución económica peruana de 1993”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 85-108, recuperado el 15 de enero de 2019, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/33905/30859>

¹¹¹ Ídem

Por su lado, en las constituciones mexicana en 1917 y de Weimar en 1919 previeron catálogos de derechos sociales. A lo anterior añade, que los derechos sociales no fueron equiparados como fundamentales de la manera en que se hacía a los derechos de libertad, en gran parte por una deficiente institucionalización de de mecanismos judiciales para su protección. Posteriormente la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución española de 1978 tampoco reconocieron con el carácter de fundamentales a los derechos sociales. Derecho a la salud, a la educación, al trabajo y a la vivienda por su lado, fueron efectivamente reconocidos como derechos sociales por la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹¹²

En consecuencia, aporta su propio concepto de derechos sociales citando a Robert Alexy de la siguiente manera: "...son derechos subjetivos de prestación positiva fáctica del Estado".¹¹³ A esto, se refiere a que ya no se trata a derechos de acciones negativas por parte del Estado, éstos pueden ser el derecho a no impedir tales o cuales acciones, derecho a no afectar propiedades o situaciones, y derecho a no eliminar situaciones jurídicas. En estos tres tipos de derechos, todos implican que el Estado se abstenga de realizar algo, es decir, de realizar acciones negativas. Sin embargo, en las prestaciones positivas fácticas se requiere que el Estado realice una acción de manera positiva, o lo que es lo mismo, que perturbe su actitud pasiva para que efectiva y materialmente realice una acción. Al respecto el Dr. Alexy cita tres ejemplos, cuando por medio de subvenciones se considera el derecho a un propietario de una escuela privada a recibir ayuda; o cuando se fundamenta al necesitado a un mínimo vital; y por último, cuando al que desea estudiar se le reconoce el derecho a la creación de plazas de estudio.¹¹⁴

Estos ejemplos implican todos que el Estado realice fácticamente ya sea conceder subvenciones y que el propietario disponga de los medios suficientes para

¹¹² Arango, Rodolfo, "Derechos sociales", en Zamora, Jorge y Rodríguez Verónica (Editores), Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, vol. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 713, México, 2015, pp. 1677- 1711, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>.

¹¹³ Ídem

¹¹⁴ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 186-195, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37294.pdf>

la realización de su fin; que el necesitado tenga condiciones de subsistencia; o que el estudiante logre realizar sus estudios. La diferencia esencial entre éstos derechos subjetivos de prestación positiva fáctica y los derechos también subjetivos, pero negativos (civiles y políticos), radica en el tipo de actuar estatal al momento de hacerlos valer, o cumplir con ellos. Otra importante hacer la anotación que los derechos de prestación positiva son los que se conocen como derechos de segunda generación, reconocidos en México desde la Constitución de 1917.¹¹⁵

Por su lado, se sostiene la factibilidad de los derechos sociales como derechos subjetivos en su cualidad de derecho fundamental. Por lo que según Gavara de Cara citado por Salazar Pizarro, deben de ser analizados desde la perspectiva de tres conceptos esenciales, de los cuales no pueden prescindir ningún derecho. En todo derecho debe haber un sujeto titular al cual esté destinado el derecho; el sujeto pasivo y con quien se mantiene la relación jurídica con el sujeto titular ya mencionado, este segundo sujeto es quien posee el deber jurídico; por último el objeto del derecho de que se trate, mismo objeto puede consistir en acciones de carácter positiva o negativa, o lo que es lo mismo, una abstención o un hacer.¹¹⁶

4.4 Características de los derechos sociales

Los derechos sociales, como ya vimos son aquellos que se caracterizan por ser protectores de grupos en su colectividad y en desventaja. Se hace necesario contrastarlos con los derechos que no precisamente mantienen esa cualidad. Por un lado se observan los derechos que no son sociales sino liberales, con ello nos referimos a los derechos civiles y políticos. Éstos son aquellos que podrían ser catalogados como universales, básicos, indeclinables e incondicionales; por el lado

¹¹⁵ Aguilar, Magdalena, "Las tres generaciones de derechos humanos", en *Derechos Humanos*, Año 6, Número 30, México, Marzo-Abril 1998, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 93-102, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5117/4490>

¹¹⁶ Salazar, Sebastián, "La fundamentación y estructura de los derechos sociales", en *Revista de Derecho*, vol. XXVI, núm. 1, julio 2013, pp. 69-93, recuperado el 10 de enero de 2019, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v26n1/art04.pdf>

de los derechos sociales, por el contrario se trata de ideales, condicionados, subordinados y quizás irrealizables.¹¹⁷

Contrario a lo que considera Alfonso Ruiz, Rodolfo Arango Rivadeneira, citado por Sebastián Salazar Pizarro, les reconoce la cualidad de universales a los derechos sociales fundamentales, al esgrimir que los derechos sociales son derechos subjetivos en el mismo sentido que lo son los derechos liberales, es decir, son derechos individuales, al basarse en el principio de igualdad material sustantiva. El individuo, al encontrarse en una circunstancia de vulnerabilidad o menoscabo de un derecho social frente al Estado o un tercero, en aspectos de salud, educación, trabajo o previsión social, etc., es quien exige su cumplimiento.¹¹⁸

Una de las principales razones para afirmar que podrían ser irrealizables, o al menos, difíciles de concretar y hacer efectivos, lo señala Francisco Javier Ansuátegui Roig al indicar:

“...la identificación exclusiva de los derechos sociales como derechos prestacionales me parece problemática por las consecuencias que de ella se derivan y es que, en efecto, la estrategia consiste, a partir de esa identificación, en diferenciar entre derechos baratos y derechos caros. De manera que, habría derechos baratos, que serían los de autonomía, las libertades negativas: exigen abstenciones que no implican decisión económica o presupuestaria. Y habría derechos caros, los derechos sociales entendidos como derechos o libertades positivas que, desde el momento en que presentan una exclusiva dimensión prestacional no solo implican decisiones de trascendencia económica, sino que además (y precisamente por lo anterior), están sometidos a lo que se ha denominado “la reserva de lo posible”, entendida como “gradualidad como dimensión lógica necesaria de la concretización de los derechos sociales, teniendo en cuenta, sobre todo, los límites financieros”.¹¹⁹

¹¹⁷ Ruiz, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa*, no. 16, vol. II, 1994, pp. 651-674, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141899.pdf>

¹¹⁸ Salazar Op. Cit.

¹¹⁹ Ansuátegui, Francisco, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, Colombia, julio 2010, pp. 45-64, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630234003>.

Los derechos sociales comparten con los derechos liberales más características de las que se puede pensar a primera instancia. El carácter de absoluto no lo tienen los derechos civiles y políticos, en tanto que se admiten ciertos límites entre un derecho y otro, más o menos justificados. Los límites que pueden haber en los derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad física, religiosa e ideológica, libertad de expresión, reunión y asociación, de circulación, derecho al honor y a la intimidad; se concibe en la doctrina como derechos limitados normativamente por dos razones principales: cuando entran en conflicto con otro derecho, como ejemplo la privación de la libertad por ejecución de una pena, el honor frente a la libertad de expresión y viceversa, entre otros; y en casos de estados de excepción y sitio por extreme emergencia, se puede apelar a limitar algunos derechos para garantizar o defender los más básicos.

En el mismo sentido, los derechos sociales pueden presentar la característica de limitado (o delimitado, en los términos de Robert Alexy con respecto a los derechos *prima facie*),¹²⁰ como el derecho al trabajo (con la debida acotación que hace Alfonso Ruiz acerca de el verdadero derecho que es a la subsistencia mínima, concepción que se admite como verdadera), en el cual se ve confrontado con el derecho a la libertad de empresa y la genérica autonomía personal para contratar. Es natural que se admita que los derechos sociales puedan tener límites, por tanto carezcan de la característica de absolutos o ilimitados. Motivos fácticos y ya no normativos representan y sustentan esta afirmación. Derechos sociales como el derechos a la salud o a la vivienda se delimitan con las posibilidades determinadas en cuanto a recursos disponibles.¹²¹

Al hablar de derechos sociales, debemos de recordar los distintos tipos de aplicación que un “derecho” en general puede presentar. Evidentemente, al estudiar a un “derecho social”, podemos suponer que existen derechos que no son sociales, por el lado de la línea generacional, derechos de primera y segunda generación por ejemplo, éstos últimos constituyen los que en la doctrina se consideran como

¹²⁰ Alexy, *Íbidem*, págs. 267-269

¹²¹ Ruiz, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa*, no. 16, vol. II, 1994, pp. 651-674, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141899.pdf>

derechos sociales. Sin embargo, hay otras cualidades que pueden distinguir entre los derechos sociales y los que no mantienen ese carácter, Francisco Javier Ansuátegui nos habla primeramente, de los tres ámbitos en que se puede analizar a los derechos sociales (o a cualquiera). A saber, la perspectiva histórica, la de su fundamentación y la de la teoría jurídica. La primera encontramos su característica esencial y distintiva de los otros “tipos” de derechos en la generación en la que fueron concebidos históricamente y que ya hemos analizado; entre las distintas generaciones de derechos que han existido, ha habido una tendencia si no rígida, al menos visible, entre los derechos que se han venido desarrollando. En cuanto a la segunda de las perspectivas, la de su fundamentación, es dable distinguir por ejemplo, entre los derechos de libertad por un lado, y los de igualdad por otro, los últimos son los que cuentan con carácter de social. En última instancia, en el ámbito de la teoría jurídica se pueden caracterizar los derechos sociales por su peculiaridad de prestacional, su alto costo para hacerlos efectivos, su dificultad para considerarlos como derechos subjetivos, especificidad en sus garantías para hacerlos valer, así como su idoneidad de intervención judicial en su defensa.¹²²

Sin embargo, ya hemos señalado el carácter subjetivo de los derechos sociales, por lo que consideramos que al menos, su dificultad para considerarlos subjetivos no significa su imposibilidad, ni le niega su carácter como tales.

4.5 Los derechos humanos laborales en el derecho internacional

Ha existido una revaloración del mismo derecho internacional del trabajo, en la que se ve robustecido frente a los derechos humanos laborales. El trecho entre el derecho internacional del trabajo y el derecho internacional de derechos humanos se ha acercado. Para plantearse un concepto para este selecto grupo de derechos laborales básicos, así como se postulan los argumentos que justifican su reconocimiento jurídico en los instrumentos internacionales de derechos humanos, hace falta recordar el cambio que se generó en el derecho internacional con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de 1966, los derechos humanos laborales son considerados dentro de los derechos humanos.

¹²² Ansuátegui Op. Cit.

La Declaración Universal tuvo su influencia en otros documentos con enfoque en los derechos humanos, como la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, sus primeras normas, Convenios y recomendaciones, sus procedimientos de control; así como en la Declaración de Filadelfia. Los derechos laborales que fueron incluidos en la Declaración Universal son la libertad de trabajo; la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre; prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; derecho al trabajo mismo; a la protección contra el desempleo, contra el despido, contra la discriminación por un trabajo de igual valor, prohibición contra la discriminación de personas con responsabilidades familiares; lo concerniente a la seguridad e higiene; jornada máxima; descanso semanal remunerado; descanso remunerado feriado; vacaciones periódicas pagadas; derecho al salario mínimo; derecho a la promoción en el empleo; a la formación profesional; a la consulta e información en el seno de la empresa y de los procedimientos de despido colectivo; a la protección de sus créditos para el caso de insolvencia de los empleadores; a la libertad sindical; derecho a protección de los representantes de los trabajadores y a obtener facilidades para que ejerzan sus funciones; derecho a la negociación colectiva; derecho a la huelga; a la seguridad social lo que incluye asistencia médica, seguro de desempleo, enfermedad, vejez, invalidez, viudez, por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, maternidad, entre otros; derecho a la protección de las madres trabajadoras, menores de edad, migrantes y personas minusválidos.¹²³

Dado que no se trata de un concepto novedoso en el marco del derecho internacional, tanto organizaciones internacionales como organismos privados, han utilizado el término “derechos humanos laborales” para estas prerrogativas básicas recién enunciadas, por el contrario, ha sido utilizado de manera continua. Al mismo tiempo, es fácil su comprensión al ser utilizado de manera equivalente para los idiomas inglés (*human labor rights*) y francés (*droits humains de travail*). A su vez, la misma jurisprudencia internacional así denomina a los derechos laborales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y se refiere a un listado de derechos laborales básicos. Formalmente, podemos señalar que los derechos humanos laborales son aquellos derechos contenidos en los ordenamientos

¹²³ Canessa, Miguel, "Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional", en Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, Núm. 63, Perú, 2009, pp. 349-373, recuperado el 24 de mayo de 2019, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085243>

internacionales de derechos humanos que reconocen de manera universal como su titular a la persona. Para justificar la existencia de estos derechos, merece importancia recalcar en un énfasis en las necesidades básicas del ser humano que mediante el trabajo puede satisfacer. Lo que se puede denominar como fundamentación antropológica de los derechos humanos laborales. Esas necesidades, para evitar un perjuicio a las personas, deben ser satisfechas. El trabajo se considera como una de las necesidades básicas que permite al individuo actuar con autonomía y asegurar su supervivencia. Se puede hablar también de una fundamentación axiológica de los derechos humanos, que recae en la dignidad intrínseca al ser humano. La dignidad se plantea como un resultado del contexto sociocultural de las personas, donde cobra interés especial su significado en los miembros del colectivo social, por lo que se interioriza, y se institucionaliza. Estas razones argumentativas se justifican debido al plano generalizado en el que son formuladas, su contenido moral es reforzado por la conformidad de los miembros al instrumentar los derechos humanos laborales en los documentos internacionales de derechos humanos. Los derechos laborales pueden ser identificados dentro de los derechos sociales, ello sin que implique una incompatibilidad con los derechos humanos. Jurídicamente, los derechos civiles y políticos son también derechos humanos, sin que ello excluya a los sociales y a los derechos laborales más específicamente. Las principales distinciones entre los derechos de libertad y los derechos sociales en el plano del derecho se pueden entrever de la siguiente manera: los derechos sociales no mantienen como característica inherente el ser prestacionales. El derecho de huelga y el de libertad sindical son ejemplos de derechos en que su exigencia estatal es el no intervenir en el ejercicio de esos derechos. Por otro lado, algunos derechos civiles y políticos pueden contar con esa característica, tal es el caso del derecho al debido proceso y a la participación política, en donde se requieren de efectivas prestaciones por parte del Estado para su satisfacción.¹²⁴

Se hace énfasis en que los derechos sociales no son derechos de igualdad, sino de libertad con tintes de igualdad, ya que su finalidad es concretar la libertad en el actuar humano, al satisfacer las condiciones previas al mismo. Se rechaza la idea

¹²⁴ Ídem

de que exista una condición de jerarquía entre los derechos de igualdad y los de libertad, pues se ponen en el mismo plano fundamental. No se coincide con la postura que afirma que los derechos humanos son absolutos, sino que derechos como la prohibición de la privación arbitraria de la vida, la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia, por ejemplo, constituyen más bien la excepción a la regla, entonces, de manera generalizada, los derechos humanos serán restringidos de acuerdo al ordenamiento jurídico. A su vez, los derechos sociales pueden consistir límites a los derechos civiles, y no al contrario, por ejemplo el derecho a la libertad de empresa o de contratación, puede ser limitado por derechos laborales. Sucede también que los derechos sociales son derechos universales, pues no se exige mantener la capacidad de obrar para ejercitarlos, como sucede con los derechos civiles y políticos, el caso del derecho a contraer matrimonio, a contratar, al voto, son claros ejemplos; por su lado, los derechos a la salud o a la educación son derechos con que todos los individuos cuentan, no se requiere de capacidad de ejercicio ni ciudadanía para contar con ellos, el derecho de migrantes a laborar es ejemplo, ya que su residencia legal es irrelevante para gozar de él. Los derechos sociales no deben depender de las condiciones económicas o de la condición en cuanto a recursos con que se cuente. Si bien ello puede implicar un obstáculo para un pleno ejercicio, se debe de considerar a los derechos sociales como unos mínimos necesarios y elementales para la población. Por otro lado, se afirma que los derechos humanos cuentan con las características de interrelacionalidad e interdependencia, por lo que aún cuando sean incluidos en ordenamientos distintos, su unicidad radica en su derivación en la dignidad humana. Las anteriores afirmaciones constituyen los razonamientos de la ubicación de los derechos sociales como derechos humanos.¹²⁵

La característica definitoria de los derechos laborales y sociales en general, no es el tratarlos como prestacionales, sino que se consideran como derechos de igualdad. Tratándose del derecho de libertad de trabajo o de libertad sindical, deberían ser vistos como derechos civiles y no sociales, pues únicamente se exige al Estado abstenerse de acción alguna para su satisfacción; entonces, los derechos sociales también son derechos de libertad también, en cuanto que en algunos de

¹²⁵ Ídem

ellos, únicamente se exige del Estado, su abstención de actuación o prohibición, para que se haga efectivo.

La globalización ha transformado el mundo del derecho laboral, de tal manera que los esfuerzos realizados por la OIT se han visto rebasados, y consecuentemente, insuficientes. Los miembros del organismo internacional laboral no han adoptado compromisos internacionales suficientes para hacer frente a la problemática tan cambiante. Ante tales condiciones, es plausible argumentar que los derechos humanos laborales son susceptibles de ser confrontados y adaptados a los retos de la globalización. Cabe destacar que los derechos humanos laborales tienen como finalidad el respeto de la dignidad humana y la satisfacción de un mínimo de necesidades en el ámbito del trabajo, que es también uno de los fines de la Carta de las Naciones Unidas, todo sin ningún tipo de distinción.¹²⁶

4.5.1 Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Hasta la fecha se han firmado 185 convenios desde la existencia de la OIT, en los que se tratan temas de carácter laboral y social. Existen 12 clasificaciones de convenios, dentro de los que destacan los “fundamentales” y “prioritarios”, que son los denominados sobresalientes. De esos 185 convenios los hay ratificados y no ratificados por México.¹²⁷

En el marco de los Convenios de la OIT, se requiere conceptualizar al Derecho Internacional del Trabajo, que es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones de la OIT, con sus países miembros. “Esta disciplina es parte del Derecho Internacional y se ubica en su vertiente social. En su concepción vigente se integra con la parte XIII del Tratado de Versalles, la Constitución de la OIT, la Declaración Relativa a los fines y Objetivos de Filadelfia de 1944, el Acuerdo celebrado entre la ONU y la OIT, en la que se reconoce a esta última como un organismo especializado, el Reglamento de la Conferencia General, los Convenios y Recomendaciones; así como las Resoluciones de sus diversos órganos fundamentales y auxiliares”. Por otro

¹²⁶ Ídem

¹²⁷ <https://www.ilo.org/global/standards/lang-es/index.htm>

lado, de una manera más amplia, el Código Internacional del Trabajo se integra con los Convenios y las Recomendaciones adoptadas por la OIT. Para que los Convenios cobren vida jurídica dentro de los países miembros, se requiere de su ratificación, ya que las Constituciones de los países miembros les reconocen jerarquía. La adopción de las normas internacionales de trabajo se lleva a cabo por la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, que se reúne cada junio en Ginebra, Suiza, con el voto de las dos terceras partes de los Delegados de sus países miembros.¹²⁸

Cabe mencionar que al ratificarse un Convenio, significa el sometimiento del país miembro de realizar los actos para su aplicación. Así, la OIT, cuenta con el procedimiento denominado “Métodos para el Control y Observancia de las obligaciones establecidas en los Convenios”. En este procedimiento, el país miembro debe enviar a la OIT memorias donde informe acerca de su aplicación que aprueba el Consejo de Administración. El informe de las memorias son aprobadas por el Consejo de la Administración. La Comisión de Expertos del Consejo de Administración indica en qué medida se asumió el compromiso, posteriormente envía el informe a la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia, analiza casos individuales y realiza observaciones.¹²⁹

4.5.2 La subcontratación en el derecho internacional del trabajo

El derecho internacional del trabajo tiende a voltear su atención a la subcontratación. Por lo tanto, un número considerable de Estados han demostrado una postura renuente ante una regulación internacional en materia de subcontratación, en atención a notables efectos que en sus economías pudiera ocasionar. El tema central del diálogo, surge en razón de la necesidad de establecer un concepto más claro de relación de trabajo. El ilustre jurista Mario de la Cueva, señalaba que la subcontratación, con base en la relación de trabajo, no solo se debía

¹²⁸ Charis, Roberto, "La Organización Internacional del Trabajo, su actividad normativa y sus convenios fundamentales", en Revista de la Facultad de Derecho de México, UNAM, Vol. 54, Núm. 241, México, 2004, Abril, recuperado el 05 de abril de 2019, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61464>

¹²⁹ Organización Internacional del Trabajo, recuperado el 03 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang-es/index.htm>

considerar que era jurídica, sino también debían discutirse la subordinación económica como una fuente de derechos y obligaciones que necesitaban regularse.¹³⁰

Por tal motivo, resultó natural que la OIT reaccionara a semejante urgencia, para bajo este panorama, El Consejo de Administración en 1995 había decidido incluirlo como tema en la Conferencia, para empezar a ser discutido a partir de 1997. La discusión tuvo su antecedente desde 1998, y en el año 2000 el tema fue abordado por el Comité de Expertos. No obstante, no hubo consenso entre los delegados asistentes de adoptar un Convenio y una Recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación. La Oficina Internacional del Trabajo, consciente de la problemática, propuso un proyecto alternativo, pero la Conferencia no consideró suficiente para la adopción de un Convenio y Recomendación sobre el tema. Desde una perspectiva de la clase trabajadora, era urgente una regulación en la que se pueda limitar la práctica de subcontratación del trabajo; por otro lado, para el sector empresarial y patronal, apostaban por una libertad de recurrir a dicha práctica. Esa dicotomía hizo imposible un acuerdo de una norma internacional al respecto. Aunado que no se contaba con un concepto claro sobre el tipo o modos de subcontratación que pudiera abarcar. Posteriormente, en junio de 2006 la Conferencia adoptó una Recomendación que con más de 30 monografías y 70 estudios acerca de la naturaleza de la relación de trabajo,

Desde el punto de vista del trabajador era esencial poder limitar la posibilidad de recurrir a la subcontratación de trabajo, mientras que para los empleados, lo esencial era conservar la libertad de acudir a la subcontratación. Estas mismas visiones fueron las que hicieron imposible que se pudiera adoptar una norma internacional sobre el trabajo en régimen de subcontratación. Además no se tenía una definición clara sobre el tipo de subcontratación al que se querían referir. Debido a la imposibilidad de poder adoptar un convenio internacional relativo a la noción,

¹³⁰ Sánchez Castañeda, Alfredo, "La subcontratación: un fenómeno global", en *Serie Estudios Jurídicos*, Núm. 185, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, recuperado el 09 de mayo de 2019, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3008/4.pdf>

alcances e implicaciones de la relación de trabajo, la conferencia internacional del trabajo adoptó el 15 de junio de 2006 la Recomendación número 198 sobre la relación de trabajo, contempló arriba de 30 monografías y más de 70 estudios nacionales sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo.

4.5.3 La Recomendación 198 de la OIT

Distintos motivos fueron los que encaminaron a que se adoptara una recomendación en materia de relación de trabajo. La oscuridad con respecto a los derechos y obligaciones de los trabajadores y empleadores, la simulación de una relación laboral por medio de otros mecanismos legales, vb. gr. la prestación de servicios profesionales, así como las deficiencias que se encuentran en algunos sistemas jurídicos nacionales relativas a la aplicación e interpretación de la relación de trabajo. La recomendación de 198 comprende los siguientes tres aspectos: establecer una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo; determinar la existencia de una relación de trabajo; establecer los mecanismos de seguimiento y aplicación de la recomendación 198.¹³¹

Existen 8 factores que determinan la existencia de las relaciones de trabajo, las cuales son indispensables que sean mencionadas en el convenio.

1. La principal manera para que se determine una relación de trabajo, debería atender a los hechos, la ejecución de un trabajo y la remuneración por él, independientemente de que se pueda establecer por otra forma convenido por las partes.
2. Se deben de poner en práctica métodos concisos y claros para otorgar orientación a trabajadores y empleadores sobre la manera en que se establece una relación de trabajo, lo que debe de implicar la posibilidad de una presunción de existencia de relación de trabajo.
3. Considerar la posibilidad de establecer con claridad las circunstancias que determinan la existencia de una relación de trabajo; como lo puede ser que se sigan las instrucciones y bajo el control de otra persona, que el trabajo implique la integración del trabajador en la organización de la empresa, que se efectúe

¹³¹ Ídem

de manera exclusiva o principal en beneficio de otra persona, que el trabajo debe de ser ejecutado de manera personal, que su ejecución sea dentro de un horario, lugar aceptado o indicado por quien solicita el trabajo, que el trabajo deba de ser por una duración y continuidad determinada, que se requiere de disponibilidad del trabajador, que quien solicite el trabajo suministre herramienta, material o maquinaria, y que se pague una remuneración periódica. Además que se reconozcan derechos como al descanso semanal, vacaciones anuales, que quien solicite el trabajo pague los gastos de viajes para ejecutar el trabajo y que no existan riesgos financieros para el trabajador.

4. Que se tenga acceso efectivo a tribunales o instancias arbitrales para la solución de las controversias sobre la existencia de una relación de trabajo y sus condiciones.
5. Que autoridades competentes cuenten con medidas para garantizar el cumplimiento y aplicación de la legislación, así como los aspectos de la misma Recomendación 198, como puede ser inspección de trabajo, y que ésta colabore con instituciones de seguridad social y autoridades fiscales.
6. Se debe de supervisar periódicamente los programas y mecanismos de control de cumplimiento por parte de las administraciones nacionales de trabajo, respecto a la relación de trabajo y especialmente a las ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.
7. Se deben de eliminar mediante medidas eficaces los incentivos que fomenten relaciones de trabajo encubiertas.
8. Se debe de promover la negociación colectiva como forma de solucionar conflictos en un ámbito de relación de trabajo a escala nacional.¹³²

Por esa razón, Alfredo Sánchez enuncia los criterios para determinar si existe relación laboral o no entre dos sujetos, a saber:

- Si existe cierto grado de subordinación o dependencia. En el caso de la subcontratación en México, existe subordinación del contratante al trabajador, al supervisar las tareas ejecutadas.
- Si existe un control de trabajo y se dan instrucciones. De igual manera el contratante ejerce un control sobre el trabajo, puesto que registra sus entradas

¹³² Ídem

y salidas, así como controla sus descansos para tomar alimentos, además de que da instrucciones sobre el trabajo ejecutado.

- Si existe cierta integración del trabajador en la organización de la empresa. Al efecto, el trabajador podría no saber que se está bajo el régimen de subcontratación, y al realizar sus funciones aspirar a, e incluso obtener un ascenso de puesto dentro de la escala jerárquica de la empresa.
- Si el trabajo se efectúa única o principalmente en beneficio de otra persona. La subcontratación en México implica que el trabajador realiza tareas o trabajo en favor de un contratante, con materia y herramientas de éste último, en sus instalaciones y cumpliendo un puesto de trabajo como si fuera su trabajador ordinario.
- Si el trabajo es ejecutado personalmente por el trabajador. De igual manera, el trabajador, al ser asignado a un área de trabajo, dentro de la organización del contratante, es evidente que el trabajo ejecutado se hace de manera personal por el trabajador.
- Si el trabajo es ejecutado dentro de un horario determinado o en un lugar acordado. El trabajador, al prestar un servicio personal y subordinado, lo realiza bajo el control, supervisión e inspección del contratante, dentro de un horario establecido, con turnos rotativos o fijos, y que las entradas y salidas son controladas por el contratante.
- Si el trabajo es de cierta duración o continuidad. Al estar sujetos a un horario y turno establecido, el trabajador debe de respetar la duración del horario, la jornada de trabajo es por lo regular de manera continua, ya que se hace en mérito de cubrir un puesto de trabajo determinado del que se requiere una permanencia indeterminada en la ejecución de esas actividades.
- Si el trabajo requiere la disponibilidad del trabajador. La subcontratación exige que el trabajador esté a disposición del contratista y contratante durante el tiempo de su horario y jornada, pues entonces está supeditado y a la orden del contratante para la indicación o instrucción de la ejecución de las tareas.
- Si el suministro de herramientas y materiales es por parte de la persona que requiere el trabajo. La subcontratación en México se realiza de manera predominante en las instalaciones del contratista, con materiales y herramientas del contratante, pues se busca únicamente cubrir un puesto de

trabajo ordinario, sin la implicación de las obligaciones patronales por parte del contratante.

- Si el individuo recibe pagos periódicos y regulares del usuario. El trabajador recibe por concepto de salario pagos de manera periódica indirectamente del que solicita el trabajo, toda vez que realiza pagos al contratista, y de este pago que constituye su patrimonio, se termina enterando el pago de su salario.
- Si la remuneración es la única o principal fuente de ingresos del trabajador. Es natural que si el trabajador tiene respetar el horario y jornada de trabajo de ocho horas (o en ocasiones más), y si se considera que la subcontratación evita que se eleve el salario de manera general, y en todo caso se precariza, es muy probable que y casi imposible que se pueda obtener múltiples fuentes de ingresos, pues gran parte del tiempo del día es ocupado por la ejecución de las obras, sin poder disponer de él, en virtud de estar obligado al cumplimiento de sus servicios personales y subordinados. El trabajador depende económicamente de esa fuente de trabajo.
- Si parte de la remuneración se realiza en especie. La subcontratación no impide ni evita que se pueda realizar pagos en especie, pues se pueden otorgar vales de despensa o alimentos, vivienda, transporte, entre otros.
- Si a la persona se le reconocen ciertos derechos laborales como el descanso semanal y las vacaciones anuales. La misma Ley Federal del Trabajo exige que ese tipos de derechos sean respetados aun en la subcontratación, cuestiones a las que se tiene que sujetar el contratante para la administración de las tareas que solicita su ejecución.
- Si la persona que solicita el trabajo paga los viajes del trabajador. La subcontratación no obstaculiza que si el contratante solicita tareas que requieren de viajar, sean pagados por él.¹³³

En este tenor, los criterios señalados por la Recomendación 198, se hacen de manera enunciativa más no limitativa, y como es natural, no se necesita que

¹³³ Ermida, Oscar, "La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores", en Revista Derecho Laboral, Montevideo, 2006, t. XLIX, número 223, pp. 44-488, recuperado el 04 de marzo de 2021, disponible en: <http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>

concurran todos los indicadores, sino que basta con que se actualice uno, para que se determine y considere la existencia de una relación laboral.

Para dar cumplimiento a la Recomendación, los países miembros deben de establecer un mecanismo o incluir dentro de los ya existentes, la posibilidad de la adopción de las medidas necesarias. En particular, el Estado Mexicano, por medio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha definido como criterio la posición de los tratados internacionales por encima de la legislación ordinaria, pero debajo de la constitucional, sin embargo, no es el caso de las recomendaciones de la OIT, al desconocer su fuerza vinculante. El contenido de la Recomendación 198 es una especie de guía que el Estado mexicano puede utilizar para encaminar su actuar en el respeto de los derechos humanos de los trabajadores y empleadores, pero, al mantener un carácter de recomendación, su alcance es limitado.¹³⁴ Eso no niega que la materia de la Recomendación 198 sean derechos humanos en favor de los trabajadores, y que el Estado mexicano, aun cuando formalmente niegue el carácter vinculante de las recomendaciones, axiológicamente debe de materializarse las estipulaciones con base en sus principios, pues al mantener relación directa y obvia con otros derechos que sí han sido reconocidos por México, es innegable la necesidad de que se respete y cumpla la recomendación, pues solo así se harían efectivos los derechos de los trabajadores reconocidos por la Constitución mexicana, con base en sus principios de justicia social y dignidad humana.

4.5.4 Convenio 096 sobre las agencias de colocación, 1949 (revisado)

Se trata de un Convenio en el que se regulan a las personas, sociedades, instituciones o cualquier organización que sirva de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto; también aplica para las agencias sin fines de lucro. Es de resaltar que el Estado Mexicano únicamente ha aceptado las disposiciones de la Parte III del Convenio, no así de la Parte II, denominada Supresión Progresiva de las Agencias retribuidas de colocación con Fines Lucrativos y Reglamentación de las Demás Agencias de colocación. En ese segmento, se indica

¹³⁴ Sánchez Op. Cit.

la obligación de los miembros de en un plazo establecido, deberán de suprimirse las agencias de colocación, siempre y cuando se haya establecido un servicio público de empleo. Por otro lado, se determina la obligación de que las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos, durante el periodo que proceda la suspensión, estarán bajo vigilancia de la autoridad, y solo podrán percibir las retribuciones y los gastos que figuren en una tarifa que haya sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma; la vigilancia de que se habla deberá encargarse de eliminar los abusos relativos al funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos; sin embargo, es de recalcar, que estas últimas disposiciones no son obligatorias en el Estado Mexicano. Lo anterior, pone de manifiesto la nula intención del Estado Mexicano de suprimir el uso de estas agencias, o de la práctica a la que se dedican. El segmento aceptado es el identificado como Parte III. Reglamentación de las Agencias Retribuidas de Colocación. De la cual, es rescatable la obligación que se indica sobre las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos estarán sujetas a la vigilancia de la autoridad competente; poseer una licencia anual que podrá ser renovable; así como percibir únicamente retribuciones y gastos que figuren en una tarifa que sea aprobada por la autoridad competente. Al tratarse de disposiciones aceptadas por México mediante su ratificación, es obligatorio su cumplimiento; cuestión que hasta la fecha, se ha omitido.

4.5.5 Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas de 1997

Cabe mencionar que existe un Convenio de la OIT, que regula precisamente la existencia de las agencias de empleo privadas, y revisa el Convenio número 096. Según su artículo 1, son las personas físicas o jurídicas que prestan uno o varios servicios de los siguientes: a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse, de este tipo pueden ser las agencias de colocación o bolsas de trabajo, ; b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica, que determine sus tareas y supervise su ejecución, tal es el caso de la figura de subcontratación en México, así como en Chile, y las empresas de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios del mismo país; y c) otros servicios relacionados con la

búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas. La finalidad del Convenio, es permitir la actuación de las agencias de empleo privadas, estableciendo los parámetros generales a las cuales las legislaciones nacionales se deben de adaptar. Así, se regulan disposiciones expresas que cada país miembro debe de dar tratamiento a esas agencias privadas, como lo sería establecer un sistema de licencias o autorizaciones, mediante las cuales se supervisen las condiciones por las que se regule su funcionamiento. Otra disposición que rige, es la prohibición de cobrar a los trabajadores, directa o indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa. A su vez, se señala que los miembros deberán de garantizar mediante mecanismos y procedimientos para examinar las quejas, los presuntos abusos y las prácticas fraudulentas relacionadas con las actividades de las agencias de empleo privadas. Además, también exige que las legislaciones y prácticas nacionales tomen medidas para asegurar que los trabajadores gocen de una protección adecuada en distintas materias, de entre las que destacan el acceso a la información, la seguridad e higiene en el trabajo, la indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional y en caso de insolvencia y protección de créditos laborales; también deberán de determinar las responsabilidades que en que las agencias de empleo privadas recaigan. Adicionalmente, las agencias de empleo privadas deberían con una periodicidad establecida, facilitar la información que la autoridad precise, con el fin de permitirle conocer la estructura y las actividades de las agencias de empleo privadas. La aplicación de las disposiciones del Convenio, sería por medio de la legislación, decisiones judiciales o laudos; así como el control de la aplicación será por medio de servicios de inspección del trabajo. Son todos estos derechos y materias que afectan a los trabajadores con la práctica de la subcontratación, de acuerdo a como está reglamentado hoy en México.

Es de destacar que el Convenio 181 recién aludido, no es de carácter obligatorio para México, toda vez que hasta la fecha no ha sido ratificado. Sin embargo, se aprecia que el instrumento convencional regula a las agencias de empleo privadas, dentro de las que se encuentran las empresas que practican la subcontratación. Si el Convenio fuera ratificado, el Estado Mexicano estaría obligado

a adecuar su legislación y cumplir con los parámetros señalados. En suma, las agencias de empleo privadas, que en el caso de la legislación mexicana denomina contratista, contarían con una regulación más específica, menos abierta, y mayor fiscalización y control por parte de la autoridad. Es probablemente la razón por la que no ha sido ratificado el Convenio, falta de voluntad política para hacer efectivos los derechos de los trabajadores cada vez más. Por tal motivo, siguen vigentes las disposiciones aceptadas del Convenio 096.

4.6 Derechos humanos y la relación de trabajo, su efecto en los particulares

Carlos Asúnsolo explica la necesidad de dejar de entender a los derechos humanos como únicamente límites al poder público, al actuar del Estado, afirma que así se han concebido los derechos humanos, en busca de una limitación al autoritarismo y absolutismo, en el ámbito privado no se visualiza de la misma manera. En el derecho privado se regulan las relaciones que entre particulares se realizan, siendo el Estado únicamente el agente que debe abstenerse de actuar, esto en razón de que entre particulares se estima al menos que hay una igualdad de actuación, por lo que los particulares celebrarán los actos jurídicos que estimen pertinentes, ya sea por las actividades a que se dedican, también porque dichas actividades se presentan como naturales, en donde el mercado es el encargado de dictaminar hacia dónde y cómo se encuadran tales actos jurídico-económicos.¹³⁵

Ante esto, se replantea la concepción de los derechos humanos, ello es, si es el Estado el único ente capaz de limitarlos o permitirlos. En la época actual, en donde el contexto globalizado dista mucho de aquellas acepciones tradicionales en cuanto a los derechos humanos, el órgano garantizador y regulador de ellos, así como si en el ámbito particular es concebible que el mercado o sus miembros puedan interferir en la realización de los derechos humanos o afectación en ellos, en consecuencia, se

¹³⁵ Asúnsolo, Carlos, “Los derechos humanos como límites al poder económico”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 21-37.

crea la interrogante de si es posible crear límites al poder económico, para así obtener un Estado de derecho eficaz.¹³⁶

En ese sentido, Francisco J. Campos Zamora nos ilustra y explica los primeros esbozos de lo que el derecho alemán ha denominado “*Drittwirkung der Grundrechte*”, es decir, el efecto en los terceros (particulares) de los derechos humanos. La tesis que él expone, radica en la forma en que los derechos fundamentales pueden o no afectar el ámbito del derecho privado; dicho de otra forma, si la relación de respeto y cumplimiento de los derechos humanos se puede dar en un plano horizontal, y no únicamente vertical como sucede en la concepción tradicional, que le corresponde únicamente al Estado.¹³⁷ Este autor indicado cita antecedentes en que se ha aplicado la *Drittwirkung der Grundrechte*:

“En 1950 Erich Lüth, presidente del Club de Prensa de Hamburgo, se pronunció contra una película del director Veit Harlan, exhortando a no comercializarla y a no acudir a su proyección en vista del pasado nacionalsocialista del realizador. La productora del filme acudió al juez civil de Hamburgo y consiguió que se condenara al demandado con la prohibición de pronunciarse acerca de la película. Para el juzgador se trataba de una incitación al boicot que ocasionaba un “daño por actuación contraria a las buenas costumbres” (*Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*), contemplado en el numeral 826 del Código Civil. Contra esa resolución, Lüth recurrió argumentando que se había violentado su derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal determinó que la expresión de una opinión que contiene un llamado a un boicot no viola necesariamente las buenas costumbres, en el sentido del artículo 826, sino que puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de expresión, al ponderar todas las circunstancias del caso. Relevante para el análisis

¹³⁶ Ídem.

¹³⁷ Campos, Francisco, “Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 39-55.

resulta la discusión sobre la naturaleza de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) y su posible incidencia en el derecho privado.”¹³⁸

En suma, se estatuyó que la llamada a no acudir a la proyección de la película citada, a raíz de los antecedentes nacionalsocialista por parte del realizador Veit Harlan, no viola las buenas costumbres normadas por el Código Civil Alemán, dado que en un ejercicio de ponderación se determinó que era justificado ese llamado a boicot, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Otro antecedente es el conocido como caso *Blinkfüer* de 1969. Las editoriales *Axel Springer*, *Hammerich & Lesser* y *Die Welt*, prohibieron a las distribuidoras de revistas que vendieran el semanario *Blikfüer* en la República Federal Alemana, documento en el que se tocaban temas acerca de la República Democrática de Alemania, bajo el argumento de que se incitaba y apoyaba al régimen comunista. El semanario *Blikfüer* acudió al Tribunal Federal Supremo demandando daños y perjuicios a las editoriales que prohibieron su venta, solicitud desestimada por parte del órgano jurisdiccional. Ante tal resolución, recurrió en sede constitucional alegando lesión al derecho fundamental de libertad de expresión, donde se estimó que dicho derecho no fue protegido por el tribunal de origen, alegando que la libertad de prensa es una institución, de la cual es ilícito utilizarla para bloquear o impedir una discusión libre de contenido informativo.¹³⁹

De lo anterior, se evidencia que apartándose de la postura tradicional, con respecto al cumplimiento y realización efectiva de los derechos humanos por parte exclusiva del poder público. Una reconcepción de este reconocimiento ha venido formalizándose también en un plano horizontal, es decir, en ámbito privado y con efectos para particulares.

En un plano regional, la Corte Interamericana ha resuelto también casos en los que el *Drittwirkung* ha estado presente. Tal es el asunto Velásquez Rodríguez vs

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Campos, Francisco, “Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 39-55.

Honduras, en el cual, Manfredo Velásquez fue detenido sin orden judicial por la policía secreta en auxilio y apoyo de civiles, actuando estos bajo dirección de aquella. Derivado de esta detención, fue privado de su vida y sepultado en un cementerio clandestino. La Corte IDH determinó que la violación a los derechos humanos por parte del Estado de Honduras se concretó de manera que, es el obligado a respetar y garantizarlos, y ante cualquier violación a los derechos fundamentales, se debe a una omisión por parte del Estado, y es el responsable. Empero, tal responsabilidad se extiende a aquellos agentes ajenos al poder público, caso en que se demostró que hubo apoyo o tolerancia por parte de las autoridades para la violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, aún por particulares.

Otro caso que cobra especial importancia, es el *Caso Hoffman Plastic Compunds v. National Labor Relations Board*, en donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América decidió que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos después de haber sido despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos derivados de la *National Labor Relations Act*. Derivado de la resolución señalada, México solicitó en ese mismo año (2002) a la Corte Interamericana que ejerciera sus funciones consultivas, fundamentándose en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Primeramente, la Corte determinó que el principio de igualdad y no discriminación es considerado como parte del *jus cogens*. Lo anterior implica que es imperativo a todo Estado, sea miembro o no de la Convención o cualquier otro tratado internacional, pero que a su vez, genera efectos para terceros, incluyendo particulares, debido a que precisamente sobre éstos descansa toda la maquinaria jurídica tanto nacional como internacional.¹⁴⁰

De lo anterior, es evidente que se ha visto evolucionar lo que se conoce como *Drittwirkung*, y ha sido de manera en que incluso en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha venido adoptando tal evolución, extendiendo la obligación a los particulares de respetar los derechos fundamentales, por lo que se rompe con la concepción tradicional de que éstos únicamente son dirigidos como normas imperativas a entes de carácter público-estatal.

¹⁴⁰ Ídem.

4.7 Algunos derechos humanos en vulnerabilidad en la subcontratación

En el ámbito de la subcontratación, en razón de la triangulación que se realiza, y en todo caso, por la participación de un tercero en la fórmula de relación contractual-prestación de servicios-pago de salario, surge una incertidumbre en el trabajador acerca de quién es su patrón. De ahí, que se presente la problemática para que, además de formalmente, materialmente el trabajador esté en aptitud de conocer su status jurídico laboral, además de que se respeten todos sus derechos. Así, cuando el trabajador presta sus servicios para una persona física o moral, que es quien le instruye e indica los parámetros para ejecutar su trabajo, le controla y supervisa su entrada y salida, horarios, descansos y conducta, es natural que se considere como su patrón, sin embargo es otro sujeto quien formalmente ostenta el carácter de patrón, por haber signado un contrato individual de trabajo con él, o ser quien le realiza el pago de su salario, o ser quien lo haya inscrito en el Instituto Mexicano del Seguro Social y realice las aportaciones obrero-patronales; máxime, que en un contexto de precariedad laboral, cultural, social y económica en el que están inmersos las personas que son parte del sector social obrero, es que mantienen una desventaja real y material con respecto tanto a sus obligaciones, como a sus derechos. Se afirma lo anterior, toda vez que la misma legislación laboral y la Constitución reconocen el estado de desventaja que presentan los trabajadores, además, que la norma jurídica, a lo largo de su texto, desvía determinadas obligaciones de los trabajadores para arrojarlas hacia el patrón, tal es el caso del cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los trabajadores, la obligación del trabajador de saber quién es su patrón, en caso de un conflicto en sede jurisdiccional, la obligación de aportar documentos en juicio cuando se trata de los que el patrón está obligado a conservar, así como la interpretación que se deberá de adoptar en caso de duda, debe de ser la más favorable para el trabajador. Entonces, es innegable que el sistema jurídico reconoce la vulnerabilidad del trabajador frente al capitalista, por lo que protege y tiende a un equilibrio de oportunidades para que materialmente puedan confrontarse en un ámbito de igualdad en términos de equidad.

Sin embargo, el régimen de subcontratación viene a empeorar la situación, complica aún más la estructura laboral, pues al entrar en la fórmula un tercero, que funge como intermediario entre los sujetos que están relacionados con la prestación del servicio personal y subordinado, y este tercero únicamente realiza funciones de administración de recursos humanos, o administrativos para efectos de llevar un control o registro de la nómina a pagar, o inscribir a los trabajadores ante las distintas instancias, y por así figurar también en los comprobantes de pago del salario de los trabajadores, o en el contrato individual de trabajo; por esto, y muchas otras hipótesis que en la realidad empresarial pueden suceder; es que en el trabajador puede ocurrir una incertidumbre sobre la legalidad, utilidad y sentido de su trabajo. Se afirma lo anterior, toda vez que el trabajador, en un contexto de desventaja social apuntado, desconoce las configuraciones terceristas que la ley laboral regula, a su vez, de manera lógica a quien reconoce como patrón o empleador, será quien le supervise y realice gestiones de control, instrucción y órdenes con respecto a sus funciones desempeñadas, por ser quien el día a día tiene contacto en lo que verdaderamente es importante y determinante en una relación de trabajo: la prestación de un servicio personal y subordinado. Es, en esta tesitura, que el principio de certeza jurídica que con la subcontratación no se actualiza y queda el trabajador en incertidumbre jurídica, por cuanto no sabe con quién realizó los actos jurídicos, con quién está obligado, ni quién está obligado con él. Además, que aparte de esta incertidumbre en materia de relación laboral, y todavía, en las condiciones de desigualdad social recalçadas, cuando la subcontratación es usada como una forma de simulación, es un mero hecho que también va a desconocer, y de esa las que se derivan, es decir, ignorará también que su mano de obra es tratada como un artículo de comercio, como un objeto ofertado al público del cual alguien más se puede beneficiar materialmente, y el intermediario y patrón se estará aprovechando, con la mano de obra de alguien más, lo que viene a tener relación directa con el derecho a la prohibición de esclavitud. No confundir que se señala a la subcontratación con el régimen jurídico de esclavitud, en el que el ser humano mantenía un carácter de objeto susceptible de apropiación; pero la mano de obra que le pertenece antropológica y jurídicamente única y exclusivamente al trabajador, esa sí es tratada como un objeto, y por cuanto que el mismo trabajador incluso ignora que es ofertada al público de la cual alguien paga un precio por esa mano de obra al contratista, y éste todavía utiliza el valor obtenido por esa mano de obra para sus propios fines, y el sobrante lo utiliza para realizar el

pago del salario y las restantes prestaciones y obligaciones laborales. Es una forma de esclavitud, o con la que comparte los mismos efectos, en la que el trabajador no es respetado en su dignidad humana, al ignorar su voluntad y su condición humana, y simplemente utilizarlo como una forma lucrativa de las empresas participantes.

Por otro lado, el derecho de libertad de trabajo también se ve afectado, y en todo caso el de libertad de contratación, ya que en relación con las razones recién expuestas, el trabajador mantiene una intención de contratar con la empresa ante la cual va a prestar sus servicios materialmente, y aun cuando la empresa, también cuenta con ese derecho de libertad de contratación, cuando se utiliza la subcontratación con fines de simulación, el trabajador ignorará en todo momento que su verdadero patrón no es quien se beneficia de su mano de obra, ni quien le supervisa, controla y dirige instrucciones con el trabajo ejecutado, sino un intermediario que será quien formalmente aparecerá ante las distintas autoridades, sin que el trabajador tenga incluso conocimiento de la ficción creada en su perjuicio.

Aunado a lo anterior, el derecho al trabajo mismo también se ve afectado por la práctica de la subcontratación en México. Si se considera que el trabajo mismo es uno de los medios por los cuales el ser humano manifiesta su autonomía de la voluntad, mediante la cual proyecta también su libre desarrollo de la personalidad, en virtud de realizar o practicar cualquier trabajo, actividad, oficio o profesión que desee, sin ningún tipo de intervención por cualquier tercero, estatal o particular, y mediante el cual el ser humano obtiene los satisfactores de sus necesidades, tal y como lo establece el artículo 5 constitucional, así como diversos tratados internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros; por tal motivo, cuando su trabajo mismo es utilizado por personas con motivos de lucro, por medio de una simulación o ficción, y para fines de evasión de obligaciones, además de que se realice un trato comercial a su mano de obra, la dignidad humana del trabajador no se respeta por parte de esos terceros, ni por el Estado mismo, que regula una conducta de esa naturaleza, permitiendo la praxis mencionada.

El derecho a un ambiente de trabajo sano, con condiciones de seguridad e higiene también se encuentra trastocado por el uso de la subcontratación. En mérito de lo ya apuntado, cuando el contratante en la subcontratación es el que provee de maquinaria, material y herramientas para la ejecución de las obras, y toda vez que se realiza en sus instalaciones, la ley obrera arroja la obligación de respetar y tomar las medidas de seguridad e higiene pero al contratista, en su carácter de patrón formalmente; sin embargo, existe entonces incertidumbre jurídica para los trabajadores por cuanto hace al cumplimiento de esas obligaciones, pues una vez más, considerando la desventaja real del trabajador frente al sector capitalista, carece de medios para hacer efectivos ese derecho, pues si la obligación principal es del contratista en su carácter de patrón, pero el trabajo se desarrolla en las instalaciones del contratante, lo que hace que no se le pueda exigir directamente a éste, toda vez que la obligación primigenia es del contratista; aún, se tiene que seguir considerando que la subcontratación se usa como forma de simulación y desvío de obligaciones laborales.

El derecho a la no discriminación or un trabajo de igual valor también se vulnera gravemente. El artículo 15-A en su inciso a) de la Ley Federal del Trabajo, impide que la subcontratación se realice en la totalidad de las actividades, iguales o similares en tu totalidad que se desarrollen en el centro de trabajo, esto, en relación al inciso b) que exige que se justifique por su carácter especializado, permite que haya trabajadores que realicen la misma actividad, pero de los que uno, su patrón es la empresa principal en la que se realizan las actividades, y de otros, su patrón sea un contratista. Así, si la empresa que cuenta en su centro de trabajo con esos dos tipos de trabajadores ejecutando su mano de obra a su favor, se deja de justificar la especialización de las tareas para las cuales fue contratado el trabajador por parte de la contratista, y solicitado por el contratante. A su vez, aún cuando se pague el mismo salario a cada trabajador de los mencionados, en el caso del que figura en la subcontratación, su derecho a un salario justo de todas maneras se ve desproporcionado, ya que la participación en las utilidades será por cuanto hace a su patrón, es decir, el contratista, y la participación en las utilidades del otro trabajador que ejecuta las mismas funciones será con respecto a la empresa dueña del centro de trabajo. Lo anterior haciendo énfasis en la desproporcionalidad que mantiene el salario de los trabajadores bajo el régimen de subcontratación, toda vez que el valor

de la mano de obra obtenida, y por la que se pagó, no llegará de manera óptima y absoluta al trabajador, por las razones expuestas relacionadas con las operaciones administrativas y de gestión empresarial del contratista. Es entonces un caso en el que no hay trato ni remuneración igual, por trabajo igual. La dignidad humana se ve menoscabada por la práctica de subcontratación.

Cuando se tiene una regulación deficiente, el problema de la subcontratación se hace más grave. Largas jornadas de trabajo, en muchas ocasiones con la exigencia de excesivas horas extras sin un pago adecuado, o la exigencia de trabajar bajo fuerte presión; exigencia de metas o mínimos de productividad extenuantes, sin oportunidad de un efectivo descanso y recuperación; bajos salarios, contratos temporales o de obra, despidos injustificados por maternidad, riesgos latentes a la salud por ausencia o deficiencia de medidas preventivas, entre otros son los derechos afectados también por la subcontratación. En un marco de una regulación que se ha mostrado insuficiente, puede únicamente explicarse por la debilidad de los Estados, o bien por el chantaje de la cúpula económica de poder, el talante ultraliberal de los gobernantes,¹⁴¹ o por la participación encubierta o conflicto de intereses que los mismos pueden tener con los beneficios de ese vacío normativo que permiten.

En suma, aun cuando el Estado intenta justificar sus omisiones, o en el peor de los casos sus permisiones de la subcontratación con la generación de empleos, la traslación de los casos de informalidad a la formalidad, así como una mayor y más efectiva tributación, entre otras razones argumentativas; la realidad social y la fundamentación del sistema normativo en el respeto de los derechos humanos y el principio de la dignidad humana, demuestran que esas explicaciones únicamente intentan desviar la atención y simular un beneficio social, sin embargo las consecuencias verdaderas son en provecho y lucro por parte del sector empresarial.

4.8 Ponderación de los derechos afectados

Una ponderación de derechos para solucionar un problema como el planteado, necesariamente debe formularse en un contexto de un Estado de derecho

¹⁴¹ Hernández, Juan, Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, hegoa, España, 2009, pp. 265-266

constitucional. Las características que definen a este, hacen posible y necesaria esas condiciones. Requisitos tales como el valor normativo de la Constitución y la susceptibilidad de jurisdicción de los derechos fundamentales son resultado de una Constitución con contenido valorativo (como pueden ser valores, principios, derechos, directrices) y que esa Constitución sea garantizada, por medio de una depuración o sanción por parte de un órgano jurisdiccional que haga efectiva esa sustancia contenida en la norma constitucional. De esta manera, la Constitución es fuente del derecho en tres formas distintas: en primer sentido porque contienen normas; además, contienen un estándar marginal para dejar de aplicar o invalidar normas que la contravengan; y por último por considerar que las normas constitucionales son susceptibles de aplicarse entre particulares y las consecuencias a esa aplicación, y no únicamente como una estructura política y las relaciones entre el Estado y el particular, lo que deviene en que esas normas constitucionales puedan ser aplicadas por cualquier órgano jurisdiccional, sin que limite únicamente al juez constitucional.¹⁴²

“Lo trascendente es que el ordenamiento jurídico asegure los derechos sociales y sus instituciones garantizadoras administrativas y jurisdiccionales como normas jurídicas y de efecto directo al menos en su contenido esencial, además del contenido mínimo de tales derechos asegurado por el derecho internacional; se desarrollen acciones jurisdiccionales idóneas para la protección de tales derechos; se establezcan límites a la autonomía de la voluntad y a la autonomía contractual en base al respeto de los derechos fundamentales; se institucionalice la función del Estado de promotor de tales derechos y de regulador del ámbito privado.”¹⁴³

¹⁴² Núñez, Ignacio, “Estado constitucional de derecho y ponderación: Hacia la superación de la falsa disyuntiva entre la libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales”, en *Vniversitas*, 128, 2014, recuperado el 22 de diciembre de 2020, disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.ecdp>

¹⁴³ Nogueira, Humberto, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, Núm. 2, 2009, pp. 43-205, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, recuperado el 23 de diciembre de 2020, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf>

Es en esta virtud, la Constitución contiene límites negativos al poder estatal y vínculos positivos hacia lo que dicha entidad debe de encaminar su actuar. Por otro lado, el contenido constitucional en comento, son normas tan generales que pueden ser consideradas como vagas, pero que cumplen con su función al imponer la persecución de determinados fines (de ahí la necesidad de esa vaguedad), a su vez imponen la superioridad de los valores en el ordenamiento jurídico que sirven como criterio interpretativo de las normas jurídicas inferiores. De ahí que el contexto del Estado Constitucional de Derecho sea una protección de derechos individuales, así como de derechos sociales; una igualdad genérica frente a diferencias en determinados casos concretos.¹⁴⁴

“...autores como Luis Prieto, Robert Alexy y Ernesto Garzón Valdés sugieren diversos argumentos a favor de los derechos fundamentales sociales. Particularmente interesante resulta la propuesta de Alexy en cuanto sugiere -reconociendo el carácter de principios de los derechos fundamentales sociales- la ponderación como herramienta para no solo resolver eventuales conflictos entre derechos sociales fundamentales y libertades fundamentales, sino también como una vía para disipar la supuesta tensión entre tales clases de derechos.”¹⁴⁵

En la labor interpretativa se ha apostado por abandonar la técnica decimonónica de subsumir el caso concreto a la regla general. Al tenor de una problemática de tal envergadura, la ponderación implica una distinción racional entre mandatos constitucionales y por ende esenciales; también conlleva una adaptación de elementos que atienden a la realidad social de que se trata. La confrontación de derechos fundamentales en donde uno de carácter social se vea afectado frente a una libertad fundamental trae como consecuencia el sopeso de cuál derecho debe protegerse con mayor fuerza, debido a las particularidades especiales.

¹⁴⁴ Núñez, Ignacio, “Estado constitucional de derecho y ponderación: Hacia la superación de la falsa disyuntiva entre la libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales, en *Vniversitas*, 128, 2014, recuperado el 22 de diciembre de 2020, disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.ecdp>

¹⁴⁵ Ídem.

“...hay un universo de derechos sociales que tienen una naturaleza restrictiva para una de las partes de la relación considerada como desigual o vulnerable, disposiciones que implican terreno fértil para el (sic) desarrollo constitucional y legislativo a través del ejercicio interpretativo de la norma, cuya fidelidad interpretativa no debe ser estática.”¹⁴⁶

En el caso particular, el derecho fundamental de libertad, gestión y administración de empresa, presenta colisión directa con el derecho social al trabajo, al salario y su justa remuneración. Pugna de derechos fundamentales que se actualiza en la práctica social de la subcontratación. La unidad económica de producción y su libertad de reingeniería empresarial trastoca la justa remuneración de los trabajadores que prestan su mano de obra de manera subordinada. Ante esta situación, se propone una ponderación de los derechos fundamentales encontrados para solucionar el conflicto normativo antinómico, así como la solución del derecho fundamental que deba ser protegido con mayor fuerza, en justa proporción de la afectación del otro.

Por parte del derecho fundamental de empresa, es claro que su jerarquía es constitucional y por tanto obligación del Estado su respeto. El derecho fundamental a una justa retribución de los trabajadores es también constitucional, de la misma manera responsabilidad estatal su garantía y efectividad.

Se advierten como circunstancias particulares del derecho de libertad de empresa, que la utilización de la subcontratación, es solo una de las posibilidades que puede utilizar la unidad económica de producción para gestionar sus recursos y producir sus bienes o servicios, existiendo algunas otras formas de administración mediante la cual se obtenga mano de obra a cambio de una contraprestación, y de una manera sencilla de ejemplificar, existe la relación laboral clásica y ordinaria, en donde no participe un intermediario o contratista que provea de mano de obra, sino que se lleve a cabo la relación contractual directamente con el obrero. Al mismo

¹⁴⁶ Juárez, Edgar, “La ponderación como herramienta de desarrollo de los Derechos Sociales Fundamentales”, en *Análisis Jurídico*, Consultoría y Análisis Jurídico, S. C., México, 2010, recuperado el 23 de diciembre de 2020, disponible en: http://www.consultoriayanalisisjuridico.org.mx/assets/revista_analisis_juridico_03.pdf

tiempo, en el caso del trabajador, como particularidad se advierte que en un mundo globalizado, con bajas oportunidades y ofertas de trabajo, el trabajador no cuenta con otras posibilidades de empleo, por necesidad acepta las que las condiciones sociales y económicas le presentan; y al tratarse de un sujeto perteneciente a una clase social vulnerable y desprotegida, en la mayoría de las ocasiones, ni siquiera tiene conocimiento de la configuración de la subcontratación en la que se ve inmerso, por lo que participa en ella sin saber de la afectación que está recibiendo.

Si comparamos la afectación y beneficio que se obtienen tanto para la empresa como para los trabajadores en la práctica de la subcontratación frente a la carencia de ésta, se advierte que por parte de la unidad económica de producción, al utilizar la subcontratación obtiene bastantes beneficios y ahorros económicos, al no repartir utilidades, no hacerse responsable de riesgos de trabajos y del resto de las prestaciones laborales como aguinaldo, vacaciones y su prima, así como la inscripción a institución de seguridad social y sus cuotas; frente al trabajador, todas esas prestaciones que se ahorra el que recibe su mano de obra, se hace en detrimento de derechos laborales suyos, y del salario que reciben, porque aún cuando formalmente en apariencia siguen gozando de semejantes prestaciones, lo cierto es que fácticamente, se cumplen esas prestaciones con los honorarios pagados por el contratante al contratista, que fueron enterados a cambio de la mano de obra, por lo que constituye una quita a ese salario para el pago de otras prestaciones, a su vez, con esos mismos honorarios se sufragan las operaciones administrativas del contratista; se advierte entonces un ahorro económico muy grande para el capitalista, y una afectación muy seria al obrero en su derecho al trabajo digno. Por otro lado, si se prohibiera la práctica de la subcontratación por parte del aparato estatal, la empresa se vería en la necesidad de hacer esos pagos de prestaciones adicionales al salario, prestaciones que económicamente no necesariamente significan un peligro para su existencia en el mercado, pues se trata únicamente de erogaciones accesorias y proporcionales al salario; en cambio cada trabajador gozaría de un incremento en su calidad de vida, al verse incrementadas las prestaciones derivadas de la relación laboral, respetados sus derechos laborales y derechos sociales fundamentales y se le daría un trato digno a su persona y a su trabajo, adicionalmente por tratarse de sujetos pertenecientes a una clase social desprotegida, la balanza social, jurídica y política debe de intervenir para hacer efectivos esos derechos.

Acerca de lo anteriormente argumentado, conviene señalar que se respalda la ley de la ponderación que citado por Carlos Bernal Pulido, Robert Alexy formula. De esta forma, se evidencia que en la mayor medida de no satisfacción de un principio, mayor es la importancia del otro.¹⁴⁷ Así, al afectar el principio de libertad del empresario que utiliza la subcontratación como reingeniería empresarial para sus actividades; se prioriza el principio de la dignidad humana así como el de certeza y seguridad jurídica de los trabajadores que se ven involucrados en esa figura legal.

En esa consonancia, el derecho de libertad de gestión y administración de empresa puede ser restringido de manera tenue, para dar cabida a la efectividad de la dignidad humana y el trabajo digno de quien presta su mano de obra. Para la unidad económica que se vea orillada a configurar la relación de trabajo clásica en poco o nada afecta a su vida en el mercado para seguir ofreciendo sus bienes y servicios que logra con la mano de obra de los trabajadores. En todo caso, los derechos a un trabajo digno, al respeto a la dignidad humana, a la justa retribución por el trabajo prestado y a la certeza jurídica que la configuración de la relación laboral común permite, resultan cuantimás beneficioso a los obreros que prestan su servicio en favor y beneficio de una empresa. El Estado debe de garantizar la efectividad de esos derechos, pues su omisión repercute en graves afectaciones a la dignidad humana, piedra angular de todos los derechos fundamentales que el Estado está obligado a promover, respetar, proteger y garantizar, y que de acuerdo a las consideraciones que hemos expuesto, no es exclusivo del aparato estatal, pues todo miembro de la sociedad, incluídos los particulares, deben de seguir esos principios constitucionales. En el mismo sentido, el Estado está obligado a encaminar su actuar hacia la concreción de esos principios mediante por medio de todas sus instituciones en el ámbito de sus respectivas facultades. Es el caso que el Congreso de la Unión al permitir y regular la subcontratación en la Ley Federal del Trabajo, ha omitido hacer efectivos esos mandatos constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos y la misma dignidad humana, valor primordial y esencial a salvaguardar.

¹⁴⁷ Bernal, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, recuperado el 26 de diciembre de 2020, disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf

Consideraciones finales

A manera de conclusión, se admite la licitud formal de la figura de la subcontratación, regulada en la Ley Federal del Trabajo a partir del año 2012, momento en el que se comienza a permitir por la normatividad jurídica. El empresario en ejercicio de su libertad de empresa y de gestión, emplea desde el año 2012 a modo de reingeniería empresarial este tipo de tercerización. Una posibilidad dentro del mundo fáctico que cada vez venía cobrando más auge en el mundo empresarial, y que una vez iniciada la vigencia de la reforma a la ley obrera en comento, sea hace de manifiesto la permisión y tolerancia legales de esa vía de administración de recursos y procesos de empresa.

La práctica de subcontratación es un medio en el que se obtiene un resultado abaratador del salario. El empresario que utiliza la mano de obra de trabajadores con los cuales no mantiene una relación de trabajo, ocasiona que el valor de esa mano de obra no sea pagado de manera total a ellos. El pago por la mano de obra recibida es enterado al contratista, quien después de realizar deducciones para la concreción de sus propias actividades y gastos de operación, realiza el pago de su salario a los trabajadores; mismo que como ya se argumentó, es un pago incompleto. En el mercado esa mano de obra tiene un valor, el que estuvo dispuesto a pagar quien se benefició de ella, pero no es recibido de manera completa por los trabajadores. Es entonces, mediante el uso de la subcontratación, y en todo caso, de cualquier tipo de tercerización, que se violenta el derecho a un salario digno, puesto que el trabajo es utilizado como un artículo de comercio, del que se beneficia un agente que no es propietario de esa mano de obra, sin embargo, interviene en la vida empresarial ofreciéndola al mejor postor, obteniendo de ella un lucro, en detrimento del verdadero dueño de esa mano de obra, el trabajador.

Se obtiene un lucro indebido con la mano de obra de los trabajadores. La práctica de subcontratación es una forma de lucrar con el trabajo y mano de obra de los trabajadores. El contratista y patrón, ofrece al contratante mano de obra que no le pertenece, a cambio de una contraprestación; el contratante realiza el pago de unos honorarios en virtud de un contrato de prestación de servicios. El contratista obtiene así beneficios económicos al fungir como intermediario dentro de operaciones

comerciales, ofrece en el mercado un servicio que no lo realiza de manera directa él, sino que utiliza a los trabajadores, quienes son los verdaderos y únicos dueños de la mano de obra que prestan; y es el contratista quien obtiene la contraprestación pactada a cambio de esa mano de obra, lo que constituye un lucro con una [mercancía] que no es susceptible de comercialización.

El uso de la subcontratación permite que se trate como artículo de comercio al trabajo. El contratista ofrece al mercado mano de obra que no le pertenece, es adquirida por el contratante y se beneficia de ella sin mantener una relación laboral ni hacerse cargo de las obligaciones derivadas de esa relación jurídica. El contratante realiza un pago por la mano de obra que no mantiene el carácter de salario, sino de honorarios. La mano de obra de trabajadores es tratada como mercancía en el mercado, y susceptible a las reglas del mismo. Además de que el resto de prestaciones y obligaciones que se derivan de la relación laboral y que son proporcionales al salario, serían cumplidas de acuerdo a un salario injusto e indigno.

La participación en el reparto de utilidades por parte de los trabajadores se realiza con respecto a unas operaciones, producción y ganancias que no corresponden a la mano de obra de los trabajadores. La mano de obra de los trabajadores produjo e intervino en el proceso productivo del contratante, sin embargo, al no mantener éste el carácter de patrón, no tiene la obligación de cumplir con ese reparto de utilidades. Aunque formalmente haga el reparto de utilidades el contratista y patrón, lo haría con resultados basados en operaciones, producción y ganancias muy distintos a donde los trabajadores concurren productivamente, existiendo aún la posibilidad de que se trate de una persona moral creada únicamente para hacerse cargo de esta carga laboral, y en consecuencia se regule y se maquine el patrimonio y capital social de manera que nunca se generen utilidades. De esta forma, se viola el derecho de certeza y certidumbre jurídica sobre la legalidad, utilidad y sentido de su trabajo. Esto es así, en atención de que el trabajador con su mano de obra materialmente produjo una plusvalía en los bienes o servicios del contratante, sin embargo, esa mano de obra y esfuerzo inyectado en ese proceso productivo carece de productividad, es decir, se desconoce el producto que genera, y se aprovecha de manera total por parte del contratante, de manera flagrante se desvía la obligación de repartir utilidades en detrimento de los trabajadores. Por tal razón, a

su vez, la omisión de repartir utilidades a los trabajadores repercute también en el derecho a las percepciones legales que son derivadas del trabajo de los trabajadores.

Otra forma en que se violenta el derecho de certeza y certidumbre jurídica que la figura de la subcontratación ocasiona en los trabajadores sucede con relación al principio de la autonomía de la voluntad. Los trabajadores al prestar su servicio personal subordinado al agente que le supervisa y vigila las funciones, y al tratarse de miembros de una clase social desprotegida y vulnerable, consideran como su patrón de quienes reciben órdenes técnicas y de operatividad, de quien incluso les capacitan y adiestran. Sin embargo, este sujeto [el contratante] no es el patrón, sino únicamente el beneficiario del servicio de mano de obra que le presta el contratista. Por esa razón, en el hipotético caso de ocasionarse un conflicto en el área de trabajo, o un riesgo de trabajo, los trabajadores no saben quién será el responsable. Y en todo caso, desconocen el sujeto con quien mantienen la relación de trabajo. Así, los trabajadores materialmente cumplen con su obligación de prestar un servicio personal y subordinado para quien ellos consideran como patrón, dentro de su consciencia laboral ejecutan su mano de obra en beneficio de alguien que mantiene todas las condiciones para ser su empleador, y materialmente así las realiza.

La Ley Federal del Trabajo configura un conflicto legal, una antinomia entre lo preceptuado por los artículos 8, 10 y 20 por un lado, frente al diverso numeral 15-A. El artículo 10 indica y define al patrón, arrojándole tal carácter a la persona física o moral que utiliza los servicios de uno o varios trabajadores; el artículo 20 designa relación laboral, cualquiera que sea la forma u origen que se le dé, a la prestación de un servicio personal subordinado a cambio de un salario; interpretando sistemáticamente con el artículo 8, que señala quién es el trabajador, estos tres numerales estructuran la relación de trabajo clásica y genérica. Por su parte, el artículo 15-A define al régimen de subcontratación, señalando quién es patrón y contratista, quién es contratante y quién es o son trabajadores. Se advierte una contradicción primeramente en los sujetos intervinientes, y por otro lado, en el receptor y beneficiario de la mano de obra. En la concepción clásica de la relación de trabajo, el que recibe y se beneficia de la mano de obra es denominado patrón; sin embargo en el régimen de subcontratación el que recibe y se beneficia de esa mano de obra es denominado contratante, sustrayendo de él por ese motivo todas las

obligaciones que como patrón tendría. De esta manera, se vulnera el derecho humano de certeza y certidumbre jurídica de los trabajadores. Contrastando la configuración clásica de la relación de trabajo y la subcontratación, los sujetos que intervienen son distintos, permitiendo que en la subcontratación se entrometa un sujeto ajeno a la cadena productiva. Además, confrontando la relación laboral tradicional con la subcontratación, el carácter de patrón lo tienen sujetos distintos; en la relación laboral genérica, el patrón es quien se aprovecha de la mano de obra para la producción de bienes y servicios; sin embargo, en la subcontratación, el que ostenta la condición de patrón, es el tercero interviniente que en nada participa en la cadena de producción, sin embargo jurídicamente y quizás administrativamente ejerce funciones.

La implementación y regulación de la subcontratación viola los derechos humanos de los trabajadores al no darles un trato digno. Se permite que se lucre con su mano de obra. No cuentan los trabajadores con certeza y seguridad jurídica de quién es su patrón. Se especula con la mano de obra que les pertenece a los trabajadores y a nadie más. Se trata al trabajo como un artículo de comercio, como una mercancía más en el mercado. Se realiza una sustracción de su salario y de sus prestaciones.

Producto del proceso racional de la ponderación de principios, se debe de proteger y prevalecer los derechos fundamentales de los trabajadores frente al derecho de libertad empresarial de quien se beneficia de su mano de obra, esto es, del contratante. Por tal motivo, la forma ideal en la que se puede respetar los derechos y la dignidad humana de los trabajadores, es eliminando la figura de la subcontratación, sin embargo, en aras de robustecer la legislación laboral, se propone una alternativa, en la que se intente acercar más a unas condiciones de respeto a los derechos humanos y justicia social.

Es menester hacer la aclaración, que en fecha 23 de abril de 2021, la Ley Federal del Trabajo ha sido reformada, en la que se derogan los artículos 15-A a 15-D; lo que aparentemente podría significar que se supera el problema planteado en este trabajo de investigación. Sin embargo, si se analizan los términos de la reforma, se aprecia por una parte, alguna analogía con la propuesta que se realiza; y por otro lado, se observan temas interesantes dignos de reflexión.

En principio, se prohíbe en el artículo 12 el uso de la subcontratación de personal. Este numeral también define qué se debe de entender por subcontratación de personal, y es cuando una persona física o moral proporciona o pone a disposición trabajadores propios en beneficio de otra. También se excluyen del carácter de patrón a las agencias de empleo o intermediarios que intervienen en el proceso de contratación de personal, reclutamiento, selección, entrenamiento y capacitación. La razón es simple, estas agencias de empleo o intermediarios no se aprovechan de la mano de obra de los trabajadores, sino que únicamente participan facilitando a los patrones su contratación; o contribuyen en la introducción de aptitudes y habilidades en los trabajadores para la prestación del servicio. De manera excepcional, se permite la subcontratación cuando se trata de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas, siempre que no se trate de actividades que sean parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de quien se beneficie de la mano de obra de los trabajadores. Además, se exige que el contratista se registre en un padrón único que menciona el artículo 15 de la ley obrera. En los mismos términos se considera a los servicios especializados aún cuando las empresas de que se trate formen parte del mismo grupo empresarial, siempre y cuando no forme parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la empresa que los reciba. Para tal efecto, la misma legislación dirige a la Ley del Mercado de Valores, que define al grupo empresarial como “el conjunto de personas morales organizadas bajo esquemas de participación directa o indirecta del capital social, en las que una misma sociedad mantiene el control de dichas personas morales”. Por lo que hace a lo recién indicado, cabe aclarar que el padrón que se ordena su creación, hace las veces de registro, pero únicamente cuenta con esta obligación el que funge como contratista, es decir, quien mantiene la relación laboral con los trabajadores, es por medio de quien se prestan los servicios especializados o se ejecutan las obras. Omitiendo arrojar esa obligación a quien se beneficie de esa mano de obra, es de suma importancia la necesidad de que también sea registrado para una adecuada fiscalización y vigilancia por parte de la autoridad.

El artículo 14 de la ley en comento, arroja la obligación de formalizar contractualmente la subcontratación de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas. En el acuerdo de voluntades se deben de especificar los

servicios a proporcionar o las obras a ejecutar, así como el número aproximado de trabajadores que participarán en el cumplimiento de dicho contrato. Adicionalmente, se arroja la obligación solidaria en relación a las obligaciones laborales para con los trabajadores, cuando su patrón, el contratista, las incumpla. Esta obligación solidaria ya existía en la configuración de la subcontratación antes de la reforma.

Por su parte, el artículo 15 regula el registro con el que deben de contar las personas físicas o morales que proporcionen servicios de subcontratación ante la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Se deberá acompañar a la solicitud del registro la acreditación de estar al corriente con las obligaciones fiscales y de seguridad social, y deberá ser renovado cada 3 años. Además, dentro de los veinte días siguientes a la recepción de la solicitud de registro, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social deberá de pronunciarse sobre la misma, en caso de que la dependencia lo omita, los interesados podrán requerir para que dentro del término de 3 días realice ese pronunciamiento; en caso de que se continúe con la omisión se tendrá por efectuado el registro para todos los efectos legales a que haya lugar.

Cabe hacer una aclaración interesante, del análisis de este numeral, se advierte que procede una afirmativa ficta, esto es, que a partir del silencio de la autoridad en que deba de resolver la solicitud, se entenderá que se otorga lo solicitado o que se resuelve en sentido afirmativo. Sin embargo, cabe la sospecha de que ante una solicitud irregular o deficiente y por omisión o rezago burocrático se tenga por hecho el registro, lo que sobrevendría en detrimento de los derechos de los trabajadores, pues se estaría a expensas de la actividad administrativa las consecuencias del registro, y no a la verdad material de las circunstancias. Este caso hipotético causaría afectaciones a los trabajadores con las mismas consecuencias que la subcontratación antes de la reforma, pues se permitiría que trabajadores que no presten servicios especializados se encuentren dentro de este régimen que debe de ser excepcional y justificada esa especialización, no dependiente de la actividad administrativa ni sujeta a plazos con los que se pueda maquinar. En todo caso, al término de esos plazos, debería de resultar una negativa ficta, sobre la cual el solicitante siempre está en aptitud de interponer los medios de impugnación frente a toda actividad ilegal u omisiva de la autoridad. Por lo demás, se establece que la Secretaría del Trabajo y Previsión Social podrá negar o cancelar el registro en

cualquier momento cuando no se cumplan con los requisitos de ley. También, los registros formarán un padrón que será público y estará disponible en internet.

Lo anterior reflexionado, es lo que constituye la reforma a la Ley Federal del Trabajo por lo que hace a la subcontratación. Empero, en el mismo Decreto se modifica el artículo 127 de la misma legislación en materia de participación de utilidades, adicionando una fracción. El texto adicionado limita la participación de utilidades de los trabajadores a un máximo de tres meses del salario del trabajador o el promedio de su participación en los últimos tres años, aplicando el valor del monto que resulte más favorable al trabajador. De lo que se advierte, que se limita el derecho de los trabajadores de una participación a las utilidades, y esta ya no se realiza de manera proporcional a su salario, puesto que se impone un techo, se afecta el principio de proporcionalidad del salario y las prestaciones que se derivan de él. Además, es una medida que no encuentra sustento constitucional, pues en el artículo 123 fracción IX se dictan las normas mediante las cuales se regulará la participación en las utilidades de las empresas, de las cuales no se otorga ni faculta una limitación a ellas de manera específica, es decir, para cada trabajador que caiga en un supuesto particular, como lo sería que su participación en las utilidades sobrepasa un monto determinado. La facultad está dirigida a la Comisión Nacional para la Participación de las Utilidades en las Empresas, que lo hará mediante las investigaciones y estudios necesarios y apropiados para conocer las condiciones generales de la economía nacional, en las que se deberán de tomar en consideración la necesidad de fomentar el desarrollo industrial del País, el interés razonable que debe percibir el capital y la necesaria reinversión de capitales; pero es una facultad basada en estudios e investigaciones, que tendrían efectos generales, para todas las empresas y trabajadores, no de manera casuística afectando así el principio de proporcionalidad del salario y las prestaciones que se derivan de él.

Además, si se limita de esta manera la participación en las utilidades para un trabajador, el remanente debería de ser repartido entre el resto de los trabajadores que tienen derecho a esa participación, puesto que la misma Constitución Federal impone que esta Comisión fijará el porcentaje de utilidades que deba de repartirse entre los trabajadores, independientemente de que alguno de ellos pueda sobrepasar o no, un monto máximo. De acuerdo a esta reflexión, en nada favorece a las empresas

ese límite máximo para la participación en las utilidades para los trabajadores. No obstante, la Ley Federal del Trabajo omite regular el fin del exceso a la participación de un trabajador, dejando al arbitrio de la empresa o patrón a deducir del porcentaje de participación en su propio beneficio. Por los motivos explicados, la fijación de un límite máximo a la participación de las utilidades, lo único que logra es perjudicar a la clase trabajadora en beneficio de la clase empresarial. La reforma a la Ley Federal del Trabajo publicada el 23 de abril de 2021 parece haber realizado una especie de negociación entre sectores de producción, que a cambio de la prohibición de la subcontratación, pretende otorgar a los capitalistas un beneficio a manera de compensación, mediante otra afectación a derechos sociales y laborales. La limitación de una prestación laboral a cambio de una figura contractual atípica, parece ser una forma de negociación de la justicia social. De cualquier manera, la subcontratación antes de la reforma afectaba el derecho de los trabajadores a la participación de las utilidades, lo que esta reforma a la ley obrera ocasionó, aún cuando se prohibió la subcontratación, es seguir afectando el derecho a la participación de las utilidades.

Por último, es evidente que la subcontratación se sigue permitiendo, aunque sea únicamente para los casos de trabajos especializados o la ejecución de obras especializadas, es menester recalcar que no se define el criterio mediante el cual se determina o justifica la especialización de esos servicios u obras, sino únicamente el hecho que no forme parte del objeto social de la empresa o su actividad preponderante, lo que puede consistir en una ambigüedad la postura de la autoridad. Una amplia facultad sin criterio firme para justificar una decisión puede consistir en una arbitrariedad. Además, de que, aun cuando se permita de manera excepcional por la especialización del servicio prestado o la obra ejecutada, es de subrayarse que los trabajadores afectados por la subcontratación, siguen siendo afectados por la misma, sus derechos laborales a una justa y proporcional remuneración y al de participación en las utilidades, siguen siendo vulnerados, pues independientemente de que se justifique por una especialización, las condiciones fácticas que se presentan, al desviar la calidad de patrón de quien se beneficia de la mano de obra, y al participar un intermediario en su carácter de contratista, éste realiza un lucro con la mano de obra que no le pertenece, en los mismos términos expuestos en este trabajo de investigación. Máxime, que como ya se planteó, la especialización de las funciones pueden ser obtenidas mediante un adecuado reclutamiento o

adiestramiento, que pueden ser ejecutados por organizaciones públicas o privadas, sin que se afecten de esa manera a los trabajadores subcontratados. Además, que queda también en el limbo la posibilidad de que se autorice un registro para un contratista mediante la afirmativa ficta burocrática, y en suspenso la efectiva eficacia de los derechos de los trabajadores, una mala fe empresarial junto con una omisión administrativa podrían ocasionar en los hechos, una subcontratación en los mismos términos que antes de la reforma, por tanto que los efectos de la misma sean postergados, y más aún, con un límite en la participación de las utilidades que antes no existía.

Propuesta

Por los motivos expuestos, se proponen las siguientes modificaciones e implementaciones para que se hagan efectivos los derechos de los trabajadores. Se modificarán algunos artículos y añadirán subsecuentes a la Ley Federal del Trabajo para que terminen de regular la figura de la subcontratación, para quedar como sigue:

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 por triplicado. **Uno quedará en poder de cada celebrante, y el otro será depositado en el Registro de Subcontratación.**

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

La empresa contratista únicamente puede ser persona moral legalmente constituida, con el único objeto social de ofrecer servicios especializados. Sin que el objeto social comprenda los servicios de los que habla el inciso c) del artículo 15-A.

15-C a 15-D. ...

Artículo 15-E. Todas las empresas que quieran fungir como contratante o contratista, se deberán de registrar en el Registro de Subcontratación, ante la autoridad que ejerza la función de Inspección en el Trabajo.

En la solicitud de inscripción, se deberá señalar nombre de ambas empresas, domicilios, Registro Federal de Contribuyentes de ambos, registro patronal ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, en el caso de que la empresa contratante sea persona física, Clave Única de Registro de Población.

Artículo 15-F. A su inscripción las empresas deberán acompañar el contrato privado que celebren, en el que se especifique el número de trabajadores de los que se solicite su mano de obra, así como los servicios o funciones que realizarán, para lo cual, ambas empresas deberán acompañar sus actas constitutivas a la inscripción de empresas que utilicen subcontratación, y se advierta el objeto social de cada una.

De igual manera, cuando exista Comisión Mixta de Capacitación, Adiestramiento y Productividad de conformidad con el artículo 153-E, se deberá de acompañar el visto bueno de la misma o su negativa, en su caso. Por tal motivo, la empresa contratante deberá de acompañar a su vez, su registro patronal y el registro de todos sus trabajadores ante el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Las funciones que ejercerán los trabajadores no deben de ser iguales o similares a la principal del contratante, de conformidad con el artículo 15-A en su inciso c), y debe de justificarse por su especialización, es decir, ser de carácter técnico, de conformidad con el inciso b) del mismo artículo.

Lo anterior será supervisado y vigilado por la autoridad ante la que se inscriban, tanto al momento de la solicitud de la inscripción, como en las inspecciones periódicas de las que habla el Reglamento General de Inspección del Trabajo y Aplicación de Sanciones.

Artículo 15-G. El objeto del contrato privado únicamente deberá de ser el de prestar servicios especializados con mano de obra de trabajadores bajo la dependencia económica del contratista.

Artículo 15-H. Las empresas que utilicen la subcontratación, deberán de declarar bajo protesta de decir verdad, que no realizan ninguna otra actividad en común, y que ninguno de sus socios, directivos, gerentes, representantes legales, ni cualquier otra persona que ejerza funciones similares en las empresas, tenga ningún interés con otra persona con las mismas condiciones de la otra empresa, ni parentesco de ningún tipo hasta por cuarto grado, lo

anterior, so pena de negar o perder el registro de ambas empresas; y los trabajadores, por ministerio de ley serán considerados como trabajadores de la empresa que se beneficia de la mano de obra, para todos los efectos legales. Lo anterior será supervisado de la misma manera que indica el párrafo cuarto del artículo 15-F.

Artículo 15-I. Los trabajadores que estén bajo el régimen de subcontratación, participarán en el reparto de utilidades de ambas empresas. Si una empresa reporta pérdidas, de ninguna manera se efectuará ninguna compensación por la otra en perjuicio de los trabajadores.

Artículo 15-J. La Autoridad de Inspección del Trabajo, contará con una base de datos junto con otras dependencias como el Instituto Mexicano del Seguro Social, el Servicio de Administración Tributaria, el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, para efectos de llevar a cabo sus funciones de inspección.

Artículo 15-K. A la solicitud de inscripción al Registro de Subcontratación, se debe acompañar garantía consistente en el equivalente a 90 días de salario por cada trabajador afectado por la subcontratación, que será destinada para el pago de indemnizaciones en caso de que los trabajadores sean vulnerados y por medio de sentencia firme se haya declarado ese derecho.

De la lectura de la propuesta normativa, se propone que sean únicamente personas morales las que lleven a cabo este tipo de actividades contractuales y empresariales, debido a que las personas jurídicas cuentan con una inscripción ante autoridades registrales mediante las que se puede conocer incluso su capital social, por ende, su solvencia. Esto permitir que haya certeza ante una posible obligación frente a un trabajador y su cumplimiento.

Por otro lado, encuentra su justificación imperante en la necesidad de lograr una eficacia de los derechos de los trabajadores, sus derechos fundamentales, los principios constitucionales y convencionales, y la dignidad humana. Así, al obligar a las empresas que lleven a cabo la subcontratación a celebrar su acuerdo de

voluntades por triplicado y que este deba de ser depositado en el Registro de Subcontratación que se propone, los orilla a ser supervisados de manera permanente por la autoridad que ejerza funciones de Inspección. A su vez, la restricción de que el objeto social de la empresa pueda comprender a los que se refiere el artículo 15-A en su inciso c), esto es que no comprenda tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio de la empresa contratante; pretende otorgar certidumbre a los trabajadores afectados por la subcontratación en términos de las funciones especializadas sobre las que se planteará su justificación del uso de la subcontratación.

La obligación de inscribirse en el Registro de Subcontratación llevada a cabo ante la Autoridad competente de Inspección, tiene su base en una adecuada labor de auditoría por parte de la potestad de inspección, permitiendo de esa manera una permanente vigilancia a las empresas que empleen la subcontratación y poder así percatarse de anomalías o irregularidades a tiempo. Los documentos que se requieren para esa inscripción permitirán cerciorarse a la dependencia administrativa de que se cumplen con el resto de los requisitos y se identifican fehacientemente a las personas morales que solicitan su inscripción. La posibilidad de la autoridad inspectora de conocer efectivamente el número de trabajadores que se requerirán para prestar sus servicios bajo el esquema de subcontratación, así como los servicios y funciones que realizarán, mediante el contrato privado que celebren las unidades económicas de producción, así como sus actas constitutivas, lograrán una mayor supervisión en cuanto a la justificación y cumplimiento del requisito de servicio especializado y su carácter técnico, de conformidad con el Artículo 15-A incisos b) y c), en relación con el Artículo 15-F párrafo tercero que se propone en este trabajo de investigación.

En el mismo sentido, el visto bueno de la Comisión Mixta de Capacitación y Adiestramiento y Productividad, o su negativa, en su caso; pondrá también una perspectiva a la autoridad de inspección con respecto a la justificación del uso de la subcontratación; todo ello en un contexto de periodicidad en la fiscalización reglamentaria, lo que hará más factible el cumplimiento del requisito de la especialización y tecnicidad en los servicios prestados por los trabajadores.

Siguiendo el mismo criterio, se propone que ninguna de las personas que ejerzan actividades de dirección, gerenciales, de representación legal, ni los socios entre una y otra persona moral, ni cualquier otra función análoga o similar, o parentesco de hasta el cuarto grado, mantengan relaciones comerciales entre una y otra, a fin de evitar un conflicto de interés o una concertación de empresas simuladas, pues de lo contrario, se estaría en el caso de una maquinación artificial de sujetos que celebran operaciones comerciales de subcontratación, dejando por sentada una presunción de simulación comercial, pero que ponen en presunción que tengan por objeto el traslado de las obligaciones patronales.

En otro orden de ideas, ante la evidente vulneración del derecho a la participación en las utilidades para los trabajadores, se propone que éstos participen en el reparto de utilidades de ambas empresas, pues de manera directa o indirecta, tanto en una como en otra a las dos les permiten obtener beneficios, una rentabilidad y por ende, ganancias. Por su lado, si alguna reportara pérdidas, en nada debe de afectar al derecho a la participación de las utilidades en relación con la otra.

Se propone también que la Autoridad de Inspección del Trabajo cuente con una base de datos que junto con otras dependencias puedan intercambiar información en materia del cumplimiento de sus obligaciones, para una mayor vigilancia y se concrete el cumplimiento a la ley.

Por último, se plantea la obligación de que se otorgue garantía a efecto de que ante una posible vulneración a un derecho de un trabajador, o un despido injustificado, se pueda hacer efectivo el derecho a una posible indemnización o el pago de una prestación laboral, todo con la finalidad de no estar a expensas de una posible insolvencia del patrón o una imposibilidad de ejecución de resolución judicial que así lo condene.

Por todo, se sugieren las anteriores consideraciones, siempre en aras de una protección más amplia a la clase trabajadora que enfrenta unas circunstancias adversas en la vida social, económica y laboral. En todo caso, los requisitos y obligaciones que de esta propuesta emanan, se hacen con la finalidad de inhibir esta

práctica comercial tan perjudicial para los dueños de la mano de obra, que de por sí, ya cuentan con desigualdades en su esfera jurídica y material.

Fuentes consultadas

Aguilar, Magdalena, “Las tres generaciones de derechos humanos”, en *Derechos Humanos*, Año 6, Número 30, México, Marzo-Abril 1998, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, pp. 93-102, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-emx/article/view/5117/4490>

Aguilera Bustos, Liliana y Hernandez Galindo, Edgar Alonso Alan, Proyecto de estudio para la adecuación de la subcontratación en las empresas mexicanas, México, 2009

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, trad. cast. de E. Garzón Valdés y R. Zimmerling, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 267-269

Alvarado, Andrea, “Outsourcing: breve revisión del marco normativo”, en *Revista Digital Ventana Estudiantil*, No. 1, 2019, recuperado el 03 de febrero de 2021, disponible en: http://www.fca.uaslp.mx/Paginas/Revista%20digital%20Ventana%20Estudiantil/Revista_Digital_Ventana_Estudiantil_01.pdf#page=12

Alvarez, Felipe, “El fracaso social de la empresa y la búsqueda de un camino a la cuarta revolución industrial”, en *Revista de la Agrupación Joven Iberoamericana de Contabilidad y Administración de Empresas*, No. 18, 2018, pp. 296-229, recuperado el 29 de noviembre de 2018, de http://elcriterio.com/revista/contenidos_18/14.pdf

Ansuátegui, Francisco, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, en *Revista Derecho del Estado*, núm. 24, Colombia, julio 2010, pp. 45-64, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630234003>.

Arango, Rodolfo, “Derechos sociales”, en Zamora, Jorge y Rodríguez Verónica (Editores), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 713, México, 2015, pp. 1677- 1711, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en:

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3796-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-dos>.

Asúnsolo, Carlos, “Los derechos humanos como límites al poder económico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 21-37..

Battistini, Osvaldo, “¿Qué hay de nuevo de y viejo en la subcontratación laboral moderna?”, en *Sociológica*, vol. 33, no. 93, México, enero-abril, 2018

Bensusán, Graciela, La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?, recuperado el 28 de mayo de 2018, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2505/9.pdf>

Bernal, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, recuperado el 26 de diciembre de 2020, disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10074/1/doxa26_12.pdf

Blanco, Carlos, “Nuevas profesiones en el sector de las tecnologías de la información y comunicaciones (tic)”, en *Pharos*, Vol. 13, Núm. 2, noviembre-diciembre, 2006, pp. 81-90, recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.redalyc.org/pdf/208/20813206.pdf>

Campos, Francisco, “Constitución, derechos fundamentales y autonomía de la voluntad. Una aproximación desde la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 39-55.

Canessa, Miguel, "Los derechos humanos laborales en el Derecho Internacional", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Núm. 63, Perú, 2009, pp. 349-373, recuperado el 24 de mayo de 2019, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085243>

Cano, Patricia et al, “Modelo de gestión logística para pequeñas y medianas empresas en México”, en *Contaduría y Administración*, Vol. 60, núm. 1, enero-marzo 2015, pp. 181-203, recuperado el 21 de marzo de 2018, disponible en https://ac.els-cdn.com/S0186104215721510/1-s2.0-S0186104215721510-main.pdf?_tid=d6085d7c-8500-4668-9136-6fe46a370f4c&acdnat=1521685278_ff7d3678b9abfb9a1a99d3c570020f24

Chacón, David, "El derecho social. Auge o crisis de un paradigma", en *Alegatos*, núm. 81, mayo-agosto de 2012, México, pp. 373-392, recuperado el 11 de septiembre de 2018, disponible en: <http://zaloamati.azc.uam.mx/bitstream/handle/11191/171/El%20derecho%20social.pdf?sequence=1>.

Charis, Roberto, "La Organización Internacional del Trabajo, su actividad normativa y sus convenios fundamentales", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, Vol. 54, Núm. 241, México, 2004, Abril, recuperado el 05 de abril de 2019, disponible en: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/61464>

Chaves, Julián, "Desarrollo tecnológico en la Primera Revolución Industrial", en *Norba. Revista de historia*, Vol. 17, 2004, España, pp. 93-109, recuperado el 27 de noviembre de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1158936>

Contreras, Rebeca, "La cuarta revolución industrial: la interacción de los mundos físico, digital y biológico", en *Letras Jurídicas, Revista multidisciplinaria del Centro de Estudios sobre Derecho*, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Vol. 35, México, Enero-Junio 2017, recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2018/10/R35-Rs%C3%B1a2.pdf>

Corán, Emilio, "Capital humano, desarrollo en la RI 4.0", en *Revista Contaduría Pública*, Núm. 74, Febrero de 2018, recuperado el 29 de noviembre de 2018, de <https://doctrina.vlex.com.mx/vid/capital-humano-desarrollo-ri-702172061>

De Buen, Néstor, Contexto histórico de las relaciones triangulares de trabajo, en Friedrich Ebert Stifun, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias-Cámara de Diputados, Memoria del seminario: Relaciones triangulares del trabajo (subcontratación y/o tercerización) ¿Fin de la estabilidad laboral?, México, Friedrich Ebert Stiftung, pp. 49-54, recuperado el 05 de noviembre de 2018, disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/50434.pdf>

De la Garza, Enrique, Antiguas y nuevas formas de subcontratación, en Friedrich Ebert Stifun, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias-Cámara de Diputados, Memoria del seminario: Relaciones

triangulares del trabajo (subcontratación y/o tercerización) ¿Fin de la estabilidad laboral?, México, Friedrich Ebert Stiftung, pp. 49-54, recuperado el 05 de noviembre de 2018, disponible en: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/mexiko/50434.pdf>

De los Heros, Alfonso, "La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, 2002, pp. 979-1000, recuperado el 18 de septiembre de 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3738/4609>

Delgado, Bruno, "El rol de los principios de subsidiariedad y solidaridad económica: el caso de la Constitución económica peruana de 1993", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXIII, Bogotá, 2017, pp. 85-108, recuperado el 15 de enero de 2019, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/33905/30859>

Ermida, Oscar, "La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores", en *Revista Derecho Laboral*, Montevideo, 2006, t. XLIX, número 223, pp. 44-488, recuperado el 04 de marzo de 2021, disponible en: <http://www.relat.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>

Escudero, Alexandro, "Redefinición del "aprendizaje en red" en la cuarta revolución industrial", en *Apertura*, Vol. 10, Núm. 1, Universidad de Guadalajara, pp. 149-163, recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.scielo.org.mx/pdf/apertura/v10n1/2007-1094-apertura-10-01-149.pdf>

Esquivel, Gerardo et al. (coords), "Diseño e implicaciones de la Reforma Laboral de 2012", en *Serie Reformas estructurales: avances y desafíos*, núm. 3, diciembre de 2016, recuperado el 26 de marzo de 2018, disponible en <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3402/LABORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Exposición de motivos de la iniciativa de Ley Federal del Trabajo de 1970, recuperada el 06 de febrero de 2021, disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/47/2do/Ord/19681212.html>

Faúndez Ugalde, Antonio, "Reorganización empresarial y planificación tributaria", en *Centro de Estudios Universitarios*, Universidad de Chile, pp. 173-187, recuperado el 24 de febrero, de <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RET/article/download/40723/42283>

Fuentes, Héctor, "Análisis del Régimen de subcontratación o outsourcing en México", en *Visioni LatinoAmericane è la rivista del Centro Studi per l'America Latina*, núm. 12, 2015, pp. 44-58.

García, Jorge, "La fuerza del trabajo es una mercancía", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 21, núm. 2, 2003, pp. 43-66.

Ghiotto, Luciana y Pascual Rodrigo, "Trabajo decente vs. trabajo digno. Acerca de una nueva concepción del trabajo", en *Voces en el Fénix*, Número 6, 2011, Plan Fénix, Universidad de Buenos Aires, recuperado el 03 de marzo de 2021, disponible en: https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/voces_en_el_fenix/010-fenix.pdf

Goldín, Adrián y Feldman, Silvio, "Protección de los trabajadores", Informe Argentino, OIT, recuperado el 05 de febrero de 2021, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/genericdocument/wcms_203842.pdf

Gomez, Rosa, "Panorama del derecho laboral en México", en *Revista Jurídica Derecho*, 2018, vol.7, No. 9, pp. 54-72, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102018000200004

Hernández, Juan, Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales, hegoa, España, 2009, pp. 265-266

Hinestrosa, F., "Actualización y unificación del derecho privado", en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, no. 35, julio-diciembre 2018, 5-17, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: <https://doi.org/10.18601/01234366.n35.01>.

<http://cronica.diputados.gob.mx/DDebate/47/2do/Ord/19681212.html>

http://dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=193390&pagina=5&seccion=2

<http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/62/2012/sep/20120928-A.pdf>

http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/005_DOF_30nov12.pdf

<https://dle.rae.es/transferir>

<https://www.prensadigital.cl/valor-utm-unidad-tributaria-mensual.html>,
recuperado el 24 de febrero de 2021

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Censos económicos 2019, Personal ocupado subcontratado en las unidades económicas. Outsourcing, 2020

Juárez, Edgar, “La ponderación como herramienta de desarrollo de los Derechos Sociales Fundamentales”, en *Análisis Jurídico*, Consultoría y Análisis Jurídico, S. C., México, 2010, recuperado el 23 de diciembre de 2020, disponible en:

http://www.consultoriayanalisisjuridico.org.mx/assets/revista_analisis_juridico_03.pdf

López, Basanta, Justo, El salario, en Instituciones de derecho del trabajo y seguridad social, Coordinadores Buen Lozano, Néstor de y Morgado, Emilio, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 188, disponible en <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/139-instituciones-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-social>, recuperado el 17 de septiembre de 2018

Loyzaga de la Cueva, Octavio Fabián, “Los grandes retrocesos de la reforma laboral”, en *El Cotidiano*, 2013, Marzo-Abril, recuperado el 22 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32527006007>

Martínez Martínez, Ulises, El régimen jurídico de la subcontratación en la legislación laboral mexicana, Universidad Veracruzana, México, 2011, pp. 5-6
Martínez, Jesuswaldo y Cabestany Gabriela, Diseño e implicaciones de la Reforma Laboral de 2012, Gerardo et al. (coords), Reformas estructurales: avances y desafíos, núm. 3, México, 2016, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, recuperado el 26 de marzo de 2018, disponible en <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3402/LABORAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Martínez, Jesuswaldo, "Alcance de la reforma laboral de 2012 y decisiones legislativas pendientes en la materia", Cuaderno de investigación Temas estratégicos, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, marzo de 2015,

http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1891/CI_6_DGIE.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 27 de marzo de 2018

Marx, Karl, El capital, México, Siglo XXI editores, vigesimoprimera edición, 1996, pp. 44-46.

Moto, Efraín. Elementos de Derecho, Editorial Porrúa, 47a Edición, México, 2002, pp. 8-9.

Muñoz, León, Fernando, "Principios rectores del orden social e igualdad de oportunidades", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, México, 2007

Nogueira, Humberto, "Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano", en *Estudios Constitucionales*, Año 7, Núm. 2, 2009, pp. 43-205, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, recuperado el 23 de diciembre de 2020, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art07.pdf>

Núñez, Ignacio, "Estado constitucional de derecho y ponderación: Hacia la superación de la falsa disyuntiva entre la libertad y satisfacción de los derechos sociales fundamentales, en *Vniversitas*, 128, 2014, recuperado el 22 de diciembre de 2020, disponible en: <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ128.ecdp>

Octavio Loyzaga, "Los grandes retrocesos de la reforma laboral", El Cotidiano, núm. 178, marzo-abril de 2013, pp. 45-51.

Olave Castillo, Patricia, "Subcontratación laboral: el caso "perverso" de suministro de trabajadores en Chile", en *Dimensión Económica*, Instituto de Investigaciones Económicas, Vol. 1, núm. 2, enero-abril, 2010

Organización Internacional del Trabajo, recuperado el 03 de marzo de 2021, disponible en: <https://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/conference-committee-on-the-application-of-standards/lang--es/index.htm>

Pacheco, Luz, "La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social", en *Rev. IUS*, Puebla , vol. 6, úm. 29, pp. 108-129, junio 2012, recuperado el 10 de marzo de 2021, disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100008&lng=es&nrm=iso

Partida, Raquel, "Empleo flexible: el trabajo subcontratado en Jalisco, en *Región y Sociedad*, vol. XIII, núm. 22, julio-diciembre, 2001, El Colegio de Sonora, México, recuperado el 21 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=10202204>

Partida, Raquel, "Nuevas formas de empleo flexible en México: el trabajo subcontratado en las agencias de colocación en Jalisco", en *Región y Sociedad*, Vol. XIII, No. 22, 2001, pp. 99-127, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en:

<http://www.scielo.org.mx/pdf/regsoc/v13n22/v13n22a4.pdf>

Perez, Alfonso de los Heros, "La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2002, pp. 979-1000, recuperado el 18 de septiembre de 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3738/4609>

Proceso Legislativo, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, recuperado el 06 de febrero de 2021, disponible en:

http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/005_DOF_30nov12.pdf

Quintana, Elvia, "Derecho público y derecho privado", en González, Nuria (Coord), Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano, Historia del derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 282, 2006, pp. 407-427, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1855-estudios-juridicos-en-homenaje-a-marta-morineau-t-i-derecho-romano-historia-del-derecho>.

Quiñonez, Carlos y Rodríguez, Salvador, "El trabajo no es artículo de comercio", en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 2013, pp. 65-83, recuperado el 28 de mayo de 2018, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-social/article/view/9717/11745>

Raquel Partida, "Empleo flexible: el trabajo subcontratado en Jalisco", en *Región y Sociedad*, El Colegio de Sonora, vol. XIII, núm. 22, julio-diciembre, 2001, 99-129.

Reyes, Libia, Introducción al estudio del derecho, Red Tercer Milenio, México, 2012, p. 52, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/sistemas/Introduccion_al_estudio_del_derecho.pdf.

Reyes, Rafael y Solís, Pedro, "La adaptación de la pequeña empresa al neoliberalismo", en *Recherches en Sciences de Gestion*, vol. III, no. 8, 2016, pp. 59-86, recuperado el 09 de diciembre de 2020, disponible en: <https://doi.org/10.3917/resg.111.0059>

Rios, Josep, "El concepto de la REINGENIERÍA aplicado al mundo empresarial del siglo XXI", recuperado el 30 de noviembre de 2018, de <http://www.ub.edu/empresarials/ec/pdfs/12782-ESP-REINGENIERIA.pdf>

Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, Metodología Jurídica, Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 2006

Roel, Virgilio, La tercera revolución industrial y la era del conocimiento, Fondo Editorial, 3ra edición, 1998, Perú

Rojas, Abelardo, "Derecho social y noción universal del derecho", Facultad de Derecho de la UNAM, 1991, documento en línea, recuperado el 05 de enero de 2019, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/download/30110/27185>

Rojas, Irene, "La externalización laboral y la cesión ilegal de trabajadores en el sistema jurídico chileno", en *Ius et Praxis*, vol. 16, no. 1, 2010, recuperado el 18 de abril de 2020, disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000100007&lng=es&nrm=iso

Rojas, Tania y van Gameren, Edwin, "Subcontratación Laboral y Salarios: Una estimación por cuantiles", en *Documentos de trabajo*, Centro de Estudios Económicos, El Colegio de México, Número VIII, México, 2021, pp. 1-36

Romero, Jorge, y otros, "Las condiciones laborales en la industria de los servicios empresariales intensivos en conocimiento (SEIC) en *México en el nuevo siglo*, en *Análisis Económico*, No. 83, Vol. XXXIII, 2018, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/ane/v33n83/2448-6655-ane-33-83-145.pdf>

Ruiz, Alfonso, "Derechos liberales y derechos sociales", en *Doxa*, no. 16, vol. II, 1994, pp. 651-674, recuperado el 06 de enero de 2019, disponible en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141899.pdf>

Salazar, Sebastián, "La fundamentación y estructura de los derechos sociales", en *Revista de Derecho*, vol. XXVI, núm. 1, julio 2013, pp. 69-93, recuperado el 10 de enero de 2019, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v26n1/art04.pdf>

Sánchez Castañeda, Alfredo, "La subcontratación: un fenómeno global", en *Serie Estudios Jurídicos*, Núm. 185, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2016, recuperado el 09 de mayo de 2019, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3008/4.pdf>

Silva, Consuelo, "La subcontratación en Chile: aproximación sectorial", 2007, recuperado el 18 de abril de 2020, disponible en: http://biblioteca.iplace.cl/RCA/La%20subcontrataci%C3%B3n%20en%20Chile_aproximaci%C3%B3n%20sectorial.pdf

Silva, Jorge, "¿Cómo se regula el outsourcing en México?", en *Cuestiones Constitucionales*, 2010, No. 22, pp.411-424, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a14.pdf>

Sotomayor, Marco, Presunción y ficción legal en materia tributaria como mecanismo para evitar la elusión fiscal: análisis de los principales casos de impuesto a la renta en la legislación ecuatoriana, Quito, octubre 2016, pp. 15-16, recuperado el 21 de febrero de 2018, de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/12336/DOCUMENTO%20CD%20MARCO%20SOTOMAYOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Suárez, Wiliam, “La constitución de 1917 y la Ley Federal del Trabajo de 1931”, pp. 429-448, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4320/26.pdf>

Suzanne Brunhoff, “Valor de la fuerza de trabajo, salario e intervención del Estado”, Comercio Exterior, vol. 32, núm. 5, mayo de 1982, pp. 548-553.

Vázquez, Ma. Carmen, “Las nuevas formas de contratación y sus repercusiones en los derechos laborales. Estudio desde el marco jurídico laboral vigente”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, No. 16, 2013, pp. 83-121, Universidad Nacional Autónoma de México, recuperado el 04 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640271004.pdf>

Villasimil, Humberto, “Pasado y presente del derecho laboral latinoamericano y las vicisitudes de la relación de trabajo (PRIMERA PARTE)”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Volumen 21, 2015, pp. 203-228, recuperado el 03 de febrero de 2021, disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870467015000238>

Zabala, Gloria y Vidal Paula, “El trabajo bajo el neoliberalismo: subcontratación en una universidad estatal chilena”, en *Polis*, 54, 2019, recuperado el 09 de diciembre de 2020, disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/18186>