

EL OUTSOURCING, SU USO, ABUSO Y DISTORSIÓN.

M.D. Héctor Alfredo Ramírez Cárdenas⁵⁷

Sumario: Palabras Clave. Resumen. Concepto. Antecedentes. Beneficios del outsourcing. Características. Uso Apropiado del Outsourcing. Qué servicios pueden llevarse como outsourcing?. Los Derechos Laborales y el Outsourcing. Abuso y deformación del outsourcing

Palabras Clave: Outsourcing, subcontratación, externalización, reforma laboral, derechos laborales.

Resumen:

El presente trabajo tiene como fin exponer el concepto y la forma en que opera el outsourcing, cual es su naturaleza jurídica, y como este contrato de naturaleza esencialmente comercial, y de gran utilidad práctica, debido a diversidad de arreglos se fue convirtiendo en un fenómeno difícil de abarcar jurídicamente en un solo concepto ya que asume distintas modalidades y denominaciones; pero además, peligrosamente se ha venido distorsionando hasta convertirse en una manera sofisticada de menoscabar los derechos de los trabajadores, razón por la cual ante su abuso, y con un afán regulatorio se le incluyo en las recientes reformas a la ley federal del trabajo

Concepto

⁵⁷ Abogado con maestría en Derecho Privado por la Universidad Iberoamericana Puebla, Catedrático titular de las materias de Derecho Procesal del trabajo y de Derecho de la Seguridad Social, en la Universidad de las Américas; Catedrático de Derecho Procesal del Trabajo en la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Catedrático del la Maestría de Derecho Fiscal en esa misma universidad; Capacitador, y conferencista de COPARMEX, CANACINTRA y otros organismos empresariales. Ex titular de la Jefatura de Servicios Jurídicos en la Delegación Tlaxcala del Instituto Mexicano del Seguro Social, Actualmente se desempeña como asesor laboral y socio director de la empresa Investigación y Capacitación Empresarial S.C.

Hoy en día, en un mercado muy competitivo totalmente impredecible, con cambios y tendencias sin precedentes, que incluyen la necesidad de ser globales, de crecer sin invertir, de responder a las amenazas y oportunidades de la economía, las organizaciones son desafiadas, para mejorar su productividad, eficiencia y eficacia con presupuestos cada vez más reducidos, buscando aumentar sus ingresos y disminuir sus costos.

Actualmente, muchos ejecutivos encuentran que las operaciones diarias y no estratégicas de la empresa consumen la mayor parte de su energía, lo cual origina que carezcan de tiempo y recursos para manejar apropiadamente los procesos estratégicos.

Debido a esto, cientos de empresas han adoptado el concepto de outsourcing para manejar los procesos de negocio no estratégicos de sus clientes, ofreciendo así valor, ventaja competitiva y beneficios inmediatos.

Los procesos no estratégicos del negocio, son el negocio estratégico de los outsourcing

Outsourcing es en términos muy simples: contratar y delegar, a mediano o largo plazo, uno o más procesos no estratégicos del negocio a un tercero especializado, con el fin de conseguir una mayor efectividad que permita orientar mejores esfuerzos a las necesidades neurálgicas para el cumplimiento de una misión, transfiriendo los riesgos a un tercero que pueda dar garantías de experiencia, integridad, responsabilidad, compromiso y seriedad en el área.

La autora española Maria Caridad López Sánchez en su colaboración para el libro "Delimitación y responsabilidades empresariales por la cesión de trabajadores: El outsourcing"⁵⁸ define esta institución como: "Un fenómeno económico que comporta la redefinición del ciclo productivo de la empresa para encomendar a terceras empresas la realización de una parte de su actividad de producción de bienes o servicios... no es un fenómeno uniforme sino que acoge en su seno una tipología muy variada de supuestos de gran complejidad caracterizados porque en ellos opera una reducción o desmembramiento de la empresa como consecuencia de decisiones de táctica empresarial".

En cierto sentido, este tercero especializado se vuelve parte de la empresa, pero sin incorporarse formalmente.

⁵⁸ López Sánchez Caridad, cit at "Descentralización productiva y responsabilidades empresariales : el "Outsourcing" / Juan Rivero Lamas (director) ; Ángel Luis de Val Tena (coordinador), España, 2006.

La palabra outsourcing es un neologismo del idioma inglés. Etimológicamente “outsourcing es un término anglosajón compuesto por los vocablos out (exterior, fuera) y source (fuente, recurso u origen)” cuya traducción al español se asocia con los términos de tercerización y subcontratación.

Estos conceptos están relacionados con la ficción de la empresa fuera de la empresa, al respecto es importante mencionar que tercerización en esta figura implica la realización de trabajos fuera de su actividad principal es decir, que “se trata de actividades de apoyo como pueden ser: informática, de transporte, telecomunicaciones, administración de inmuebles, etc.”⁵⁹

Otra traducción válida del citado neologismo viene a ser la externalización de determinadas áreas funcionales o “provisión externa”, término económico utilizado para denominar la acción en que la empresa recurre a proveedores especializados en el suministro de ciertos bienes y servicios o sólo servicios, a fin de satisfacer determinadas necesidades adyacentes a su función sustantiva.

En cuanto a la subcontratación “constituye una forma de externalización por medio de la cual una empresa contrata a una o varias empresas para que le realicen por su cuenta una parte de su producción o de las partes necesarias de su producción”⁶⁰.

Antecedentes

El outsourcing es una práctica que data desde el inicio de la era moderna. Este concepto como ya mencionamos no es nuevo, ya que muchas compañías competitivas lo utilizaban como una estrategia de negocios.

Al comenzar la era post industrial dio inicio la competencia en los mercados globales; después de la Segunda Guerra Mundial, las empresas trataron de concentrar la mayor cantidad posible de actividades, para no tener que depender de los proveedores; sin embargo, esta estrategia, que en principio resultaba efectiva, fue haciéndose obsoleta con el desarrollo de la tecnología, ya que los departamentos de una empresa nunca podían mantenerse tan actualizados

⁵⁹ Sánchez Castañeda, Alfredo *et al.*, *La Subcontratación: un fenómeno global*, México, UNAM, 2011. p. 2

⁶⁰ *Ibidem* p.6

y competitivos como lo hacían las agencias independientes especializadas en cierta área; además, la capacidad de servicio para acompañar la estrategia de crecimiento era insuficiente.

El outsourcing surge como una manera diferente de organizar la actividad productiva de una empresa, tiene su origen a mediados del siglo XX, en la década de los setenta en la industria automotriz, destaca la empresa americana Ford (modelo fordista) la cual logró concentrar sus esfuerzos en la racionalización de su producción, en la división de la organización de los trabajos dando paso a lo que se llamó organización científica del trabajo⁶¹.

Posteriormente la globalización, los avances en las tecnologías de la información y la apertura de mercados mundiales provocaron que en la década de los setenta, la tendencia del outsourcing empezara a tener auge, y ganar credibilidad. Las primeras empresas en implementar modelos de Outsourcing fueron gigantes como EDS, Arthur Andersen, Price Waterhouse entre otros.

Las empresas se dedicaron no sólo a su negocio principal sino también a otras actividades complementarias que aunque no eran esenciales si eran necesarias,

Posteriormente, el concepto outsourcing cobró fuerza en toda Europa ante la creciente competencia en los mercados globales donde las empresas decidieron delegar responsabilidades para elevar su crecimiento económico.

En Estados Unidos y México el outsourcing resurge a finales de los años noventa como un concepto novedoso en las empresas para intentar identificar nuevas formas de organización de las actividades productivas para hacer más eficientes sus operaciones y otorgar servicios de mayor calidad.

En los últimos años, diversas empresas globales para soportar su crecimiento de operaciones han adoptado como estrategia los servicios de outsourcing, por que consideran que las estrategias, objetivos y resultados de su negocio tienen mayor probabilidad de éxito si sus ejecutivos se enfocan a ellos.

Al operar vía outsourcing algunas actividades no críticas y con alto volumen de transacciones, se logra liberar tiempo a directivos, ejecutivos y gerentes para que puedan

⁶¹ Echaiz Moreno, Daniel, El contrato de Outsourcing, Boletín de derecho comparado III, UNAM, 2007

dedicarlo a actividades que permitan el cumplimiento de las metas estratégicas establecidas por su dirección general.

Un caso ejemplificativo y muy representativo podría ser que el personal clave de recursos humanos se pudiera enfocar a metas estratégicas que le permita atraer a su empresa al personal más talentoso, mantenerlo y desarrollarlo; de este modo, no descuidará esta actividad prioritaria por atender requerimientos para completar el procesamiento de sus nóminas.

El procesamiento de nóminas es una actividad recurrente de alto volumen de transacciones, pero no es un proceso crítico que deba ser realizado por personal interno clave.

Beneficios del outsourcing

Basados en nuestra experiencia, hemos visto que los beneficios principales que tiene una empresa son muchos, y muy diversos, así y poniendo como ejemplo la tercerización del procesamiento de nómina estos beneficios podrían ser entre otros:

Personal capacitado. El gran reto que han enfrentado las empresas ha sido poder mantener actualizado en temas fiscales, a las personas que procesan sus nóminas. Al contratar un servicio de outsourcing, disminuye de forma importante esta preocupación, ya que ahora el proveedor tendrá que demostrar que mantiene a su personal actualizado. Parte de las funciones esenciales del proveedor, es mantener actualizado a su personal, lo cual representa un beneficio que traslada a sus clientes.

Tecnología. Uno de los aspectos más interesantes del outsourcing es poder utilizar o rentar estructuras creadas con tecnología de punta por proveedores de servicios a un precio competitivo, ya que se aprovechan economías de escala que permiten al cliente:

- Disminuir costos de mantenimiento y actualización de hardware y software.
- Evitar tener y pagar infraestructura en exceso de hardware.
- Evitar el pago de licenciamiento.
- Acceso a nuevas versiones del software (up grade) a un precio mínimo.

- Gastos por renovación y modernización de hardware.

Al aprovechar estos beneficios, la empresa tiene la opción de invertir recursos propios para adquirir herramientas tecnológicas que soporten sus actividades prioritarias y acceder, vía outsourcing, a herramientas que le permitan volver más eficientes sus actividades no prioritarias, como el caso de la nómina.

Características.

Desde luego, el contrato de outsourcing, aun cuando recientemente fue abordado por la legislación laboral, su relación con la figura de intermediación laboral es totalmente discutible, y es que ello obedece a que de suyo no constituye una institución de derecho laboral, como tampoco lo es de derecho civil, pues se ubica esencialmente en el derecho comercial, específicamente en el ámbito contractual.

La naturaleza jurídica del outsourcing es la de un contrato, concebido como el “acuerdo de voluntades, mediante el cual una empresa cliente encarga al outsourcer la prestación de servicios especializados, en forma autónoma y duradera, que le permitirá la realización de su core business”

En este sentido, sus características estructurales son:

- Contrato nominado: Su nomen juris más utilizado es outsourcing.
- Contrato atípico: Fuera de lo común.
- Contrato de organización: Supone la redefinición de la estructura organizativa de la empresa cliente.
- Contrato de duración: Las prestaciones se extienden en el tiempo.
- Contrato de resultados: El outsourcer suele estar obligado a conseguir los resultados que inicialmente planteó la empresa cliente (como metas cuantificables en el mercado).
- Contrato principal: Goza de autonomía y está acompañado de otros contratos, que son accesorios a él.

- Contrato consensual: Al ser atípico, no existe solemnidad alguna para su celebración, siendo suficiente el acuerdo de voluntades de las partes contratantes.

Cabe decir que a raíz de la presencia del outsourcing, se ha privilegiado la creación de diversos modelos de relaciones laborales, los cuales han dejado de lado la relación tradicional entre patrón y trabajador.

Estas nuevas formas son:

La subcontratación, “mediante la cual una empresa confía a otra (física o jurídica) el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos”

La intermediación laboral, la cual “consiste en la interposición de un empleador aparente entre el trabajador y el verdadero usuario o beneficiario de su trabajo. El intermediario se limita a proporcionar trabajadores a la empresa principal, usuaria o beneficiaria final de la labor. El tercero interpuesto no es una empresa con estructura propia y especialización real, sino un empleador supuesto de los trabajadores que en realidad sirven al principal”

Existen tres niveles de intermediación:

- Mera intermediación, la cual se realiza por las agencias de colocación, mismas que sólo fungen como el contacto entre quien busca empleo y quien necesita al trabajador, pero sin permanecer en la relación de trabajo. En este tipo de intermediación se conserva una relación de trabajo bilateral, no triangular.
- La interposición, en la cual el intermediario, además de ser el contacto entre el empleador y el empleado, permanece dentro de la relación de trabajo como supuesto empleador.
- Suministro de mano de obra temporal, el cual se lleva a cabo por empresas de trabajo temporal, que emplean trabajadores para ponerlos a disposición de una empresa usuaria, la cual determinará sus tareas y supervisará su ejecución. En este sentido “sólo puede considerarse tercerización en un sentido amplio ya que, si bien el trabajador suministrado es formalmente externo a la empresa, no cumple una actividad externalizada: la actividad es propia de la empresa principal y permanece en su órbita. La empresa suministradora

sólo tiene una intervención secundaria al limitarse a poner a disposición de la empresa principal el personal demandado, luego de una selección, y al pago de los salarios (que en definitiva los paga por cuenta de la empresa cliente)”

– Utilización de trabajadores autónomos/independientes, mediante la cual los trabajadores realizan tareas o ventas simultáneamente para múltiples empresas y personas que componen su clientela. “Estos mecanismos tienden a excluir al trabajador del ámbito de aplicación y protección del Derecho del trabajo, haciéndole aparecer como si fuera un trabajador independiente o un pequeño empresario”

Como puede advertirse la elaboración de este contrato es compleja, puesto que debe establecer claramente las responsabilidades de ambas partes en cualquier aspecto, no sólo del nivel de servicio actual sino también del nivel de servicio futuro

Suele tener una duración de varios años. En el sector privado este contrato tiene una duración no menor a 5 ó 7 años, siendo habitual un período de 10 años.

Uno de los aspectos más importantes del contrato es la definición de su resolución (finalización), el establecimiento de salidas programadas antes de cumplirse el plazo acordado, así como los períodos de preaviso en caso de reversión del servicio.

Junto con los conceptos financieros, a lo largo de todo el proceso de evaluación se deben establecer criterios de transferencia de personal (para el caso de que existan)

El alcance del contrato es a la medida, es decir, podrá ser tan amplio como lo deseen las partes contratantes.

Debe ser flexible para que la Administración pueda cambiar los requisitos del servicio y el proveedor pueda cambiar los medios con los que lo da. Mientras que un contrato de outsourcing se firma para que sea válido durante años, los requisitos de tecnología están en constante evolución.

En Relación a la empresa de outsourcing debe tomarse en cuenta que:.

Es una decisión estratégica para la organización, puesto que cede el total o parte de sus activos a la empresa de outsourcing.

Permite el acceso a nuevas tecnologías y centrarse en la realización de actividades de mayor valor para la organización

Permite a la organización alcanzar un mayor nivel de competitividad sin realizar inversiones en equipamiento tecnológico o en formación del personal informático propio. Transforma a nivel contable los conceptos de costos fijos en costos variables y las inversiones en gastos desapareciendo los activos. Son menores los costos de operación y se evitan las decisiones de invertir en infraestructura.

Adquiere un compromiso muy importante con la organización que la contrata, puesto que de ella dependerá que se proporcione un adecuado nivel de servicio

El servicio prestado debe ser suficientemente flexible como para adaptarse a cambios de negocio, organizativos o funcionales en la organización, así como al entorno tecnológico.

El outsourcing “se trata de un fenómeno difícil de abarcar jurídicamente en un solo concepto ya que asume distintas modalidades y denominaciones en los distintos países;” esto se debe a la diversidad de arreglos y prácticas las cuales a su vez pueden combinarse para generar formas mixtas⁶²

Existen varias clasificaciones de la subcontratación [outsourcing] “una de las primeras fue elaborada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) distinguiendo por un lado, la subcontratación de producción de bienes y servicios y, por otro, la subcontratación de mano de obra”⁶³

En el caso de la subcontratación de producción de bienes y servicios la empresa usuaria contrata a otra empresa (outsourcer) para el suministro de un bien o un servicio y ésta última asume la responsabilidad de realizar los trabajos con recursos propios, la empresa usuaria solamente se interesa por el trabajo terminado, paga por la realización del servicio sin intervenir en la cantidad de personal contratado ni cualquier otra cuestión laboral entre los trabajadores, la empresa subcontratista es la que absorbe las relaciones laborales⁶⁴.

⁶² Bensusán, Graciela, “La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿Problemas de diseño institucional o de implementación?”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), *Propuestas para una reforma laboral democrática*, México, UNAM, 2007

⁶³ Sánchez Castañeda, Alfredo *et al.*, nota 6, Op. cit

⁶⁴ Ídem.

La subcontratación de mano de obra se caracteriza por que se confía a un tercero la contratación de la fuerza de trabajo que es utilizada y dirigida por la empresa subcontratista, externalizándose la función de búsqueda, selección, contratación y gestión de la mano de obra, la relación laboral real es directamente entre la empresa usuaria y el trabajador.⁶⁵

El trabajo de negociación lo lleva a cabo la empresa subcontratista que recibe un pago por el número de trabajadores contratados y no por la producción efectuada, la empresa usuaria es la que supervisa a los trabajadores que previamente llegan a un acuerdo con el subcontratista⁶⁶.

La subcontratación de bienes y servicios también se conoce como externalización de operaciones y se identifica con la subordinación laboral en la medida en que esta es conceptualizada como la modalidad en virtud de la cual una empresa principal encarga a otra empresa denominada contratista o subcontratista mediante un contrato civil o mercantil la ejecución por su cuenta con trabajadores bajo su propia dependencia de una obra o servicio que formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento principal o accesoria ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.⁶⁷

Son muchos los factores que han logrado la expansión de las prácticas de outsourcing en el mundo dentro de los cuales se encuentran las presiones competitivas y los cambios en las organizaciones de trabajo de las empresas para lograr la especialización, los avances tecnológicos, la flexibilización de las relaciones laborales, los altos niveles de desempleo y la competitividad⁶⁸

Dentro de las principales ventajas del uso de esta figura se encuentran la reducción de costos de la empresa cliente a corto y largo plazo, también puede dedicarse a seguir perfeccionando su negocio principal, la adquisición de nuevas tecnologías, la eliminación de costos por la contratación de personal así como evitar los conflictos laborales y sindicales.

Por otro lado también existen sus desventajas y riesgos como son la transferencia de información confidencial de la empresa cliente ya que siempre está latente la posibilidad de que el outsourcer los use para empezar un negocio propio adquiriendo convirtiéndose en competidor, se

⁶⁵ idem

⁶⁶ idem

⁶⁷ Castello, Alejandro. "La Subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Uruguay, Número 9, Julio-Diciembre 2009.

⁶⁸ idem

corre el riesgo de perder el control sobre la producción en los sectores subcontratados, la marcada dependencia de proveedores externos para la realización de ciertas actividades, entre otras.

Uso Apropiado del Outsourcing

Las posibilidades de recurrir al outsourcing dependerán del tamaño, requerimientos y capacidad financiera de la empresa, en razón que los procesos productivos de, por ejemplo, una empresa de consultoría contable y financiera son diversos a los utilizados por otra dedicada a la fabricación de electrodomésticos. Desde la perspectiva de la dirección de administración y finanzas de una empresa, utilizar el outsourcing dependerá de, entre otros aspectos, si su contratación implica una disminución de los costos, si afecta a la calidad de los productos, si hay beneficios en las cargas fiscales y de seguridad social, si es una medida temporal o indefinida; no obstante, a la luz de nuestra legislación, el uso de este sistema es permisible en tanto los servicios contratados no formen parte de las funciones sustantivas de la empresa, no sean servicios que se requieran de forma permanente, no se desarrollen con herramientas proporcionadas por la empresa contratante, y que se trate de servicios especializados.

Qué servicios pueden llevarse como outsourcing?

Casi todo se puede contratar bajo outsourcing, la regla como ya adverti es comparar los costos de lo que se va a contratar con los costos de hacerlo ustedes mismos, en muchos casos resulta mejor contratar, pero en muchos otros no.

La lista es interminable, sin embargo podemos destacar:

- Outsourcing de contabilidad
- Outsourcing de nóminas
- Outsourcing administrativo
- Outsourcing en inventarios, operación y comercialización.
- Outsourcing de recursos humanos

- Mercadotecnia.
- Atención a clientes, marketing o ventas por teléfono.
- Manejo de correspondencia de todo tipo.
- Cuentas por pagar.
- Compras.
- Sistemas administrativos IT.
- Sistemas financieros.
- Seguridad y vigilancia.
- Limpieza.
- Servicio de comedores
- Transporte.

Administración de servicio al cliente (call center)

Así, por ejemplo, el outsourcing se da en el arrendamiento y mantenimiento de: una flotilla de transporte para carga y personal, mobiliario de oficina, equipo de cómputo, equipo de fotocopiado; también en el almacenamiento, digitalización, clasificación y sistematización de documentos.

Igualmente hay outsourcing exclusivamente para el otorgamiento de servicios especializados, verbigracia, una firma de consultores dedicada a la mejora de los procesos productivos y calidad, los institutos de capacitación, un despacho de arquitectos para el diseño de nuevas instalaciones, una firma de contadores para que funja como contador de cabecera o auditor externo, un bufete de abogados para solventar dudas en la toma de decisiones que impliquen cuestiones legales, así como un grupo de ingenieros en sistemas informáticos para el desarrollo e implementación de software para optimizar la gestión de la empresa, entre muchas otras posibilidades.

Uno de los ejemplos más representativos del uso de outsourcing lo constituye las empresas de seguridad privada, justificadas más por las "peculiaridades" de su función que por la "especialización" que involucra (capacitación en defensa personal, uso de ciertas armas, técnicas de vigilancia, utilización de detectores de objetos y materiales peligrosos, etc.), pues uno de los problemas cotidianos que enfrenta una empresa manufacturera es el "robo hormiga", consistente en la sustracción subrepticia de diversos bienes por parte de algunos trabajadores, lo cual no se explica sin la colusión de éstos con los trabajadores encargados de realizar funciones de vigilancia, aconteciendo así una especie de compañerismo deformado que en realidad es una soterrada complicidad entre un grupo o la mayoría de los trabajadores; por esto, quien se dedica a proporcionar servicios de seguridad privada, se encargará de cambiar periódicamente el horario de sus trabajadores e incluso su adscripción, pues se pretende evitar la fraternización entre los trabajadores del cliente y el personal de vigilancia, para impedir que con o sin intención se consientan actos ilícitos, se transmita información confidencial, entre otros aspectos.

Nos hemos detenido en este ejemplo para ayudarnos a distinguir los límites permisibles del outsourcing a la luz de la legislación laboral, de seguridad social e incluso fiscal en nuestro país.

El común denominador de los ejemplos referidos es, que se trata de un proveedor cuyo objeto es el suministro, a sus diversos clientes (entiéndase más de uno) de equipo y de servicios o bien sólo de servicios; en su caso, que el personal utilizado será especializado; que su suministro puede ser intermitente; que el proveedor es el beneficiario de las labores especializadas de su personal, pues se beneficia de ofrecer sus servicios a diversas empresas; igualmente que los bienes o servicios son complementarios a la labores substantivas de sus clientes (por ejemplo, sería absurdo que un proveedor de servicios de mantenimiento de equipos de cómputo recurriese a otro para que le brindase mantenimiento a sus equipos). Con todo, ha menester establecer que no todas las relaciones contractuales a las que se les llame outsourcing son de este tipo, sino que se puede tratar de auténticas relaciones laborales.

La distinción expuesta es importante porque en esos casos no hay vínculo jurídico laboral entre la empresa que recibe el servicio, y alguno de los prestadores del servicio empleados por la empresa proveedora, por ejemplo, pensemos en una firma de contadores públicos, cuyas funciones además de llevar la contabilidad de sus clientes, practican auditorías a otras negociaciones; este tipo de trabajo además de ser muy especializado y requerir de una estadía prolongada en las instalaciones de la empresa, demanda la imparcialidad del auditor,

precisamente para obtener un dictamen confiable. Obsérvese, no obstante que las funciones del auditor beneficiarán a la empresa auditada, que su permanencia en la misma ha sido prolongada y que la duración de su jornada de trabajo ha sido similar o mayor a la de los trabajadores de la empresa auditada, este auditor a quien finalmente beneficia con su labor es a la firma de contadores a la cual pertenece, pues ésta cobrará por realizar la auditoría y emitir el dictamen contable.

Con base en el ejemplo anterior, hemos concluido que en tal supuesto no existe relación laboral entre el contratante de outsourcing y los trabajadores de la empresa contratada; sin embargo, la Ley Federal del Trabajo (artículo 20) establece que basta que exista un trabajo subordinado, un horario cierto, que el trabajador esté a disposición del patrón (recibir órdenes y cumplirlas) y que por ello exista una remuneración, sin importar quien de manera formal efectúe el pago (no sólo del salario, sino de las aportaciones de cuotas de seguridad social), para que se presuma la existencia de una relación laboral.

Recuérdese que [el contrato individual de trabajo](#), es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado a cambio del pago de un salario, y que para la Ley se presume la existencia de ese contrato y de la relación de trabajo entre quien presta un trabajo personal y quien lo recibe.

El outsourcing implícitamente considera a los servicios como una mercancía más, que puede ser libre objeto de transacción, concepción que aplica sin problema alguno a los ejemplos arriba expuestos (despacho de contadores, arquitectos, abogados, etc.) donde los servicios son proporcionados por personas altamente especializadas en su labor, integradas como socios o trabajadores del ente proveedor, la función contratada le es ajena a la empresa contratante, no es permanente y se efectuará con la herramienta proporcionada por la proveedora; pero de no ser así nuestro código laboral en su artículo 3° establece que el trabajo no es artículo de comercio, amén que es un derecho y un deber sociales que "exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta, debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia".

Por tanto, a través de outsourcing se podrán contratar "servicios" cuando sean actividades colaterales a los fines de la empresa, que sean temporales o intermitentes, que se efectúen con

herramientas proporcionadas por el proveedor, y que ese proveedor tenga diversos clientes a los que proporcione de manera cotidiana esos servicios.

Los Derechos Laborales y el Outsourcing.

Mucho se ha dicho del outsourcing pero a partir de lo expuesto puede apreciarse que implica muchos beneficios económicos a las empresas que recurren a su modo de operación, sin embargo llama mucho la atención su relación con los derechos laborales. Las empresas en aras de obtener mejores resultados en sus procesos y reducir sus costos requieren de empresas subcontratistas para que se ocupen de la contratación de mano de obra y bajo este esquema algunas empresas tratan de evadir responsabilidades laborales y de seguridad social⁶⁹.

Un factor que influye mucho es el que no todos los países cuentan con legislaciones laborales efectivas que regulen las relaciones triangulares que provoca el outsourcing (empresa cliente, outsourcer o empresa subcontratista y trabajador) y refuercen la protección de los derechos de los trabajadores.⁷⁰

En la realidad los trabajadores de estas empresas son conocidos como trabajadores de segunda mano es decir que se les atribuye un escalafón muy bajo y que incluso no gozan de los mismos derechos la ley laboral establece a diferencia de los trabajadores de la empresa cliente o principal los principales derechos que son violentados son "...el principio de estabilidad en el trabajo, el derecho a un salario remunerador y a condiciones de trabajo dignas, los derechos colectivos, la protección en caso de insolvencia de la empresa contratista, las normas en materia de seguridad social, de seguridad e higiene"⁷¹

Al respecto en el ámbito internacional la Conferencia Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptó el 15 de Junio del 2006 la Recomendación 19824 sobre la relación de trabajo, dentro de su contenido se contemplan diversas medidas

⁶⁹ Sánchez Trujillo Maria Guadalupe, El outsourcing y sus intentos de regulación en México, Letras Jurídicas UNAM, 2012

⁷⁰ Idem

⁷¹ INFOSYS, <http://www.infosysbpo.com/mexico/spanish/Pages/index.aspx>.

modelo que los diversos países deberán tomar en consideración para la regulación en sus políticas nacionales, normas jurídicas y su aplicación de las relaciones laborales triangulares producto de las empresas contratistas; el contenido de la recomendación abarca cuestiones sobre el establecimiento de una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la determinación de la existencia de una relación de trabajo, el establecimiento de los mecanismos de seguimiento y aplicación de la recomendación.⁷²

Abuso y deformación del outsourcing

Ahora bien, regresando al término outsourcing sabemos que es un anglicismo, que se ha venido utilizando para denominar a la provisión externa de bienes y servicios especializados colaterales a la esencia de la empresa, pero en nuestro país pasó de ser un simple término en ese sentido para transformarse, en muchos casos, en un rebuscado eufemismo que se refiere a una simple y vulgar simulación de la relación laboral y que en realidad se trata de una subcontratación laboral, y ante su uso indiscriminado, se fue poco a poco degradando e incluso comenzó a ser satanizada en algunos sectores.

Se han puesto en boga muchas formulas para disimular la existencia de la relación laboral, destacándose dos; una de ellas consiste en crear un conglomerado de empresas, aparentemente autónomas pero que trabajan en concierto y para la empresa "nodriza", la que encomienda actividades específicas a las empresas del grupo a fin que la provean de bienes y servicios, una se encargará de abastecer de insumos para la producción ,otra la manufactura, una más de los servicios de transporte, otra los de apoyo logístico y operativo (limpieza, mantenimiento, vigilancia, etc.); las empresas del grupo proporcionan sus servicios a la "nodriza" a costos que apenas les permiten librar sus costos de operación, en tanto que la empresa "nodriza" es la que se beneficia al comercializar los productos que obtuvo a un precio muy conveniente y venderlo a un precio mucho más elevado, competitivo con las condiciones del mercado pero que le reeditarán en una notable utilidad; las empresas que proveyeron de bienes y servicios a la "nodriza", al no haber obtenido ganancias o haber quedado "tablas" con su operación, no generaron utilidades; pero la empresa nodriza que supuestamente no tiene trabajadores (siendo que en realidad todos

⁷² Organización Internacional del Trabajo
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535

los empleados por las empresas "satélites" son sus trabajadores) no tiene porqué repartir utilidades y el margen de ganancia incrementa a costa de la labor de los trabajadores con que se benefició.

Si bien la implementación de este esquema es complejo por las medidas contables, corporativas y de operación que necesita, suele ser utilizado por empresas de cierto tamaño cuya función involucra procesos de manufactura y comercialización.

El otro esquema, pensado para hacerle creer al pequeño y mediano empresario que tendrá un ahorro, es que hay quienes crean una o varias empresas proveedora de servicios, es decir, de mano de obra; bajo la figura y los beneficios de las Sociedades Cooperativas, Sociedades en Nombre Colectivo, Empresas Integradoras e Integradas o Sociedades de Solidaridad Social (por ejemplo la primera no persigue fines de lucro y deber ser constituida por al menos 10 trabajadores, lo que se supone se unieron y organizaron entre sí, poniendo como capital su trabajo para ofrecer sus servicios a cambio de una remuneración, es una sociedad totalmente horizontal pues todos tienen los mismos derechos y obligaciones y en la cual no se devenga un salario). Resulta que a este tipo de empresas se transfieren formal y contablemente la relación laboral de aquella otra empresa que pretende una "disminución" de costos; ya sea que se finja pago de salario y se evada el pago de prestaciones de seguridad social, retención de impuestos; o bien, que se transfiera virtualmente a los trabajadores a alguna de esas sociedades, pagándoseles menos de lo que en realidad reciben, se suele pagarles al menos el salario mínimo (pues pagar una cantidad inferior es motivo de multa por parte de la Procuraduría Federal y Procuradurías locales de la Defensa del Trabajo); con un pago mínimo corren la misma suerte el pago de cuotas obrero-patronales de seguridad social, además que esos montos de salario suelen estar exentos del pago de impuestos.

De los esquemas anteriores derivan algunas variables no menos ingeniosas, pero igualmente nocivas para cualquier empresario, porque la finalidad de esa subcontratación es evitar el pago real de prestaciones de seguridad social (IMSS, INFONAVIT, AFORE) así como de evadir al Fisco (SAT), lo que al fin de cuentas constituye un fraude a la ley. Al respecto no debemos olvidar que la autoridad laboral, hacendaría y de seguridad social cuentan con facultades de inspección en la fuente de trabajo, precisamente para velar por los intereses de los trabajadores; y que adicionalmente el Servicio de Administración Tributaria y el Instituto Mexicano del Seguro Social, apoyados por la Procuraduría General de la República y por la Secretaría de Seguridad

Pública, han venido realizando acciones de fiscalización simultánea en diversas ciudades a ciertos despachos por prácticas fiscales indebidas; a las que ellos han denominado o clasificado como "esquemas fiscales agresivos" y "esquemas abusivos de sustitución laboral", cuyas consecuencias han sido que se ha privado a los trabajadores del servicio médico, antigüedad y derecho a recibir utilidades, en tanto que la afectación al Erario Federal y Local ha sido que dejaron de percibir contribuciones por concepto de impuestos y cuotas de seguridad social, tan solo en el 2011 se estima que la evasión fiscal ocasionada por esquemas de outsourcing que hacen fraude a la ley alcanzó los 10 mil millones de pesos. Cifra que en pesos equivale a poco más de dos veces de los subsidios que en materia de seguridad pública que van hacia las entidades federativas, municipios y el Distrito Federal (DF), el presupuesto del Instituto Politécnico Nacional (IPN) o dos veces el Programa de Apoyo Alimentario.

Es oportuno señalar que por más vueltas que se le de al asunto, el esquema empresa "nodriza" - empresas "satélite", a la luz del contenido del artículo 16 de la Ley Federal del Trabajo, es claro, a la primera se le consideraría empresa que es la "unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios", y a las segundas se les denominaría como establecimiento de aquella, pues dice se trata de "la unidad técnica que como sucursal, agencia y otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa".

Para concluir, no podemos dejar de advertir que ante los abusos cometidos, primero fue el IMSS quien por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de julio de 2009, adicionó el artículo 15-A de la Ley del Seguro Social, y estableció la responsabilidad de los beneficiarios de los servicios prestados por trabajadores que ejecuten trabajos o servicios bajo la dirección de un beneficiario (a través de un contrato de prestación de servicios de personal). El objetivo de esa reforma fue evitar que los patrones y demás sujetos obligados de manera directa, utilizando los resquicios de la ley y las diversas figuras jurídicas de sociedades, omitieran parcial o totalmente el pago de las aportaciones de seguridad social.

En el concepto mexicano el outsourcing no tenía un significado concreto, no poseía una concepción jurídica formal lo que dificultaba su comprensión existiendo diversos términos asociados a él como la externalización, tercerización, subcontratación definiciones que la mayor parte de las veces se refieren a situaciones específicas que varían según el monto y lugar.

Pero las adecuaciones no quedaron ahí, y es que hoy en día, y de acuerdo a sus más recientes reformas (30-11-12) la Ley Federal del Trabajo prescribe:

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

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

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

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

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

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

b) Deberá justificarse por su carácter especializado.

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

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

Artículo 15-B. El contrato que se celebre entre la persona física o moral que solicita los servicios y un contratista, deberá constar por escrito. La empresa contratante deberá cerciorarse al momento de celebrar el contrato a que se refiere el párrafo anterior, que la contratista cuenta con la documentación y los elementos propios suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Artículo 15-C. La empresa contratante de los servicios deberá cerciorarse permanentemente que la empresa contratista, cumple con las disposiciones aplicables en materia de seguridad, salud y medio ambiente en el trabajo, respecto de los trabajadores de esta última.

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

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

(Artículo 1004 C.- A quien utilice el régimen de subcontratación en forma dolosa, en términos del artículo 15 D de esta ley , se sancionará con multa por el equivalente de 250 a 5000 el salario mínimo general)

Por todo lo anterior, me atrevo a cuestionar la utilidad del outsourcing cuando este es usado primordialmente para evadir obligaciones laborales y eludir impuestos y otras cargas patronales, pues se puede aseverar que si bien el pago de impuestos y de cuotas de seguridad social suele ser una carga económica considerable para cualquier empresa, ello a la larga se traduce en una inversión que redundará en diversos beneficios que los trabajadores aportarán a la empresa, como la lealtad, el cuidado de la fuente de trabajo, la identificación con las metas e ideales de la empresa; valores que al momento de hacer frente a la competencia son invaluable, ya que la cohesión entre líder y equipo de trabajo es un rasgo distintivo de las compañías exitosas; los esquemas de simulación de la relación laboral han demostrado socavar esa indispensable comunión, dando al traste con la calidad en los bienes y servicios.

El "Outsourcing" mal empleado, deformado, es una modalidad de relación laboral y un contrato de trabajo intrínsecamente ilegal y sin ética, porque se aplica al trabajador para que éste no acumule una antigüedad laboral y las prestaciones económicas más importantes que debe recibir por ley, como por ejemplo el reparto de utilidades, subsidios por antigüedad, derechos de jubilación, etc. Es un instrumento jurídico laboral "ilegalmente legal"

En nuestros días el consumidor de bienes y servicios es mucho más exigente, está mejor informado, ya no le basta con que algún bien o servicio sea el más económico, sino que se inclina por una compra inteligente que le aporte más valor por su dinero; si bien busca el mejor precio, también busca calidad, fiabilidad y durabilidad en su compra, en caso el mejor servicio postventa; no pondrá objeción en pagar más por un bien de mayor precio si su calidad lo amerita y es mayor a la de otros.

A aquellos pequeños y medianos empresarios que se hubieran dejado llevar por el canto de las sirenas de los aparentes "ahorros" de los "esquemas fiscales agresivos" (evasión fiscal, elusión del pago de las cuotas de seguridad fiscal, de omisión en el pago del reparto de utilidades), les recomendaría que si quieren permanecer en el mercado deben observar con cuidado y detenimiento cómo lo han hecho las empresas sólidas y líderes en su segmento, quienes para posicionarse en un mercado cada vez más competitivo, han diseñado un plan de trabajo que permite una interacción estrecha entre sus directivos y trabajadores; invariablemente notarán que esas empresas en su momento apostaron al mediano y largo plazo, por una relación laboral real, creyeron en beneficios que hoy ambas partes disfrutan, y sus proyectos a futuro son sólidos.

Para cerciorarse de que tiene un buen servicio de subcontratación es necesario prestar atención a 6 claves básicas:

- *La empresa debe ser una sociedad mercantil legalmente constituida.

- *Debe contar con registros de las diferentes instancias gubernamentales como son (SAT, IMSS, Infonavit, Infonacot, etc-).

- *La empresa debe haber sido dictaminada para efectos fiscales, IMSS, Infonavit e impuestos locales.

- *De preferencia la empresa debe contar con registros patronales en cada entidad de la República Mexicana (en caso de prestar servicio a nivel nacional), con la finalidad de que el

personal contratado reciba atención médica en tiempo y forma en su localidad o estado correspondiente.

*Cerciórese de que el proveedor dé de alta a los trabajadores en la correcta clase de riesgo.

*La empresa que elija debe tener el respaldo financiero para el cumplimiento de los pagos salariales y el pago de las obligaciones patronales en tiempo y forma.

*Busque una compañía con el respaldo legal suficiente para responder por juicios laborales.

Nunca es tarde para tomar las decisiones adecuadas, para navegar en la dirección que lleve a puerto seguro, para regularizar la situación laboral de su empresa; pues aunque en algún momento se hubiera errado el camino, sin duda, es preferible anticiparse a la autoridad que ser sometido a su escrutinio y ser sorprendido en la falta, a pesar de las evidentes advertencias.

Bibliografía.

- Bensusán, Graciela, “La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿Problemas de diseño institucional o de implementación?”, en Bouzas Ortiz, Alfonso (coord.), Propuestas para una reforma laboral democrática, México, UNAM, 2007
- Echaiz Moreno, Daniel, El contrato de Outsourcing, Boletín de derecho comparado III, UNAM, 2007
- Castello, Alejandro. “La Subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay”, Revista Latinoamericana de Derecho Social, Uruguay, Número 9, Julio-Diciembre 2009.
- INFOSYS, <http://www.infosysbpo.com/mexico/spanish/Pages/index.aspx>,
- Lopez Sanchez Caridad, cit at “Descentralización productiva y responsabilidades empresariales: el "Outsourcing" / Juan Rivero Lamas (director) ; Ángel Luis de Val Tena (coordinador), España, 2006.

- Organización Internacional del Trabajo
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535
- Sánchez Castañeda, Alfredo et al., La Subcontratación: un fenómeno global, México, UNAM, 2011.
- Sánchez Trujillo María Guadalupe, El outsourcing y sus intentos de regulación en México, Letras Jurídicas UNAM, 2012