

Nuevo Régimen de Sub-contratación Laboral

En los años sesentas del siglo pasado cobró presencia en el mercado laboral de los Estados Unidos de Norteamérica el régimen de sub-contratación laboral que ellos identifican con el vocablo inglés de OUTSOURCING, que consiste básicamente en que un tercero, llamado comúnmente Contratista, ponga a disposición de una empresa, identificada como Contratante, mano de obra que actuará bajo la subordinación de ésta, pues es la que les fija las tareas y los supervisa, pero que formalmente aparece como si fuesen trabajadores de aquella.

Este modelo tuvo acogida en nuestro país aproximadamente en los años ochentas, y la contratista les hacía firmar a los trabajadores contratos laborales; cotizaban ante IMSS e INFONAVIT, les retenían impuestos, etc. A la fecha EE.UU. es el país que tiene más trabajadores en el mundo bajo este régimen, con 16 millones de trabajadores; sigue China con 11.7 millones de trabajadores; Japón con 4.8 millones de personas y México, ocupa el cuarto lugar mundial con 4.7 millones de trabajadores.

Tradicionalmente, se ha asumido que los dos elementos básicos de la relación laboral son justamente la subordinación, que implica el poder de mando del patrón sobre la obligación de obediencia del trabajador, respecto del trabajo contratado, y la dependencia que tiene que ver con el plano material pues de lo que ahí perciba el obrero cubre sus necesidades personales y las de su familia. Paradójicamente en este régimen de sub-contratación se bifurcan ambos elementos pues mientras que la dependencia corre a cargo del contratista – proveedor de la mano de obra-, la subordinación la ejerce el contratante –receptor de la mano de obra-.

Para trasladar esa modalidad de empleo a nuestro mercado laboral, se acudió por los expertos al contenido de los artículos 13 y 15 de la Ley Federal del Trabajo, cuyos textos no sufrieron modificación con la reforma que entró en vigor el 1 de diciembre de 2012, mismos que hacen referencia a la ejecución de obras o servicios de parte de una empresa, en forma exclusiva o principal para otra, resultando en principio responsable de las obligaciones derivadas de las

relaciones de trabajo a quien ejecuta tales obras o servicios, partiendo del supuesto que cuenta con elementos propios suficientes para ello y en el caso de que no sea así entonces entra en juego la responsabilidad solidaria que corre a cargo de quien se beneficia de esa mano de obra.

Así pues, en nuestro país originalmente este régimen aplicaba justamente a obras o servicios especializados y les citaré como ejemplo el caso de las instituciones bancarias, cuyo giro como lo sabemos es el manejo de dinero, operaciones crediticias, financieras, etc.; en estos establecimientos se hacía necesario, como actualmente ocurre, que de manera accesorias se prestaran servicios especializados, que nada tiene que ver con el objeto social de una institución bancaria, como eran los rubros de vigilancia o seguridad y de limpieza o mantenimiento, por lo que entonces se celebraban contratos con empresas terceras cuya actividad tuviera que ver con esas tareas específicas. Luego entonces, el banco les pagaba a estas prestadoras de servicios, según lo contratado y éstas por su parte asumían, como es lo correcto, la condición de patronas para todos los fines legales consiguientes. La institución bancaria tenía que cuidar que la empresa que contratara contara con elementos propios suficientes para cumplir con sus obligaciones obrero-patronales, para evitar la eventual responsabilidad solidaria.

Como este esquema les representó a las empresas una descarga de la mano de obra, se insiste, el ingenio mexicano llevó a que igualmente se trasladara al personal propio de las instituciones bancarias por estar íntimamente ligado a su objeto social a estas empresas terceras, primeramente a los cajeros, luego a los ejecutivos, después a los sub-gerentes y gerentes y finalmente a los directores.

El atractivo consistía en que los bancos ya no cubrían sueldos ni prestaciones, no cotizaban en IMSS e INFONAVIT, no respondían de juicios laborales pues a ello se comprometían las outsourcing y el mayor de los atractivos era que no pagaban utilidades pues formalmente no tenían trabajadores a su servicio.

Fue así como en nuestro país se desnaturalizó y en gran medida se pervirtió el modelo del régimen de sub-contratación, que en sí mismo era bondadoso según sus orígenes, convirtiéndose entonces estas empresas contratistas en grandes defraudadoras del fisco pues en la generalidad de los casos dejaban de cumplir con sus obligaciones con la hacienda pública y de paso también defraudaban los derechos de los trabajadores por tratarse de personas morales de simple fachada, que no contaban con patrimonio alguno en el que se pudieran hacer efectivos créditos fiscales o laborales y cuando venía alguna contingencia simplemente desaparecían y constituían, con las facilidades que ahora existen, una nueva persona moral, para seguir operando en idénticas condiciones. También esas sociedades actuaban como factureras y prueba de ello son las denuncias que se han dado a conocer a la opinión pública respecto de las más grandes empresas de tercerización de nuestro país, por fraude fiscal. En este escenario habrá excepciones de outsourcings que cumplen cabalmente con sus obligaciones, pero lamentablemente son las menos.

Ante esta situación el estado mexicano intentó poner orden en la operación y manejo de esas empresas de sub-contratación e inicia ese proceso con la reforma a la Ley del Seguro Social de julio de 2009, con la inclusión de los artículos 15-A y 15-B en los que se les exige una serie de requisitos para que éstas pudieran operar, tales como la exhibición de los contratos; nombre, denominación o razón social; clase de persona moral; objeto y domicilio social; R.F.C.; registro patronal ante el IMSS; acta constitutiva; número de escritura pública; fecha de la misma; nombre y número del notario; inscripción en el Registro Público de la Propiedad; vigencia del contrato; si se trata de personal operativo de administración o profesional; número estimado de trabajadores, temporalidad de los contratos, etc. Estos datos debían proporcionarse al IMSS trimestralmente.

Ello no fue suficiente para parar las impropias prácticas de estas empresas de tercerización, por lo que se dio un segundo paso al sobrevenir la reforma a la Ley Federal del Trabajo que entró en vigor el 1 de diciembre de 2012 que introduce fundamentalmente el artículo 15-A que limita esta modalidad del trabajo a que no abarque la totalidad de las actividades de la contratante; que no se trate de tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores de la contratante, y, lo más importante, **que se justifique su carácter**

especializado. De no cumplirse con todas esas condiciones, el contratante será considerado patrón para los efectos de las legislaciones Laboral y de Seguridad Social, es decir, que aquí se abandona la tesis de la responsabilidad solidaria para fincar directamente al contratante las cargas laborales y fiscales que correspondan.

La parte sensible que ya les mencioné es que el contratante no cubría utilidades, por no tener trabajadores pues todos eran de la contratista, lo que en esa reforma del 2012 se pretendía paliar con la adición de la fracción IV bis del artículo 127 de la Ley Laboral que establece como un derecho de los trabajadores del establecimiento de una empresa que formen parte de ella, la participación de utilidades. Esta modificación fue dirigida a los contratantes a fin de motivarlos para que participaran de sus utilidades a los trabajadores de ese establecimiento, como parte integrante de la empresa, pero tuvo como talón de Aquiles que las contratantes se mantuvieron en el argumento que al no tener trabajadores a su servicio no estaban obligadas a repartir utilidades, en lo que técnicamente tendrían la razón.

Llegamos entonces al mes de diciembre de 2020 en que el Poder Ejecutivo Federal presentó ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión iniciativa de reformas a varias leyes, en la que en principio se eliminaba en términos absolutos el régimen de sub-contratación, lo que motivó que a solicitud del sector empresarial, encabezado por el Presidente del Consejo Coordinador Empresarial, se le permitiera que bajo el modelo de parlamento abierto la Comisión del Trabajo de dicha Cámara de Diputados escuchara los puntos de vista de los empresarios sobre ese tema y de ahí se obtuvo como resultado que se dejara abierta la posibilidad de sub-contratar, siempre y cuando se tratara de trabajos u obras especiales no vinculadas al objeto social de las empresas.

Fue así como el viernes 23 de abril de 2021 se promulgan por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial de la Federación las reformas a las Leyes Federal del Trabajo, Seguro Social, Vivienda, Código Fiscal, I.S.R., Ley del I.V.A., entre otros. En términos generales todas las disposiciones materia de reforma entran en vigor el 24 de abril de 2021, excepto las que tienen que ver con leyes fiscales cuya *vacatio legis* abarca hasta el 1 de agosto de 2021.

Los puntos trascendentes de la reforma por lo que ve al ámbito laboral son los siguientes:

1.- Queda prohibida la sub-contratación de personal, entendiéndose como ésta cuando una persona física o moral proporciona o pone a disposición trabajadores propios en beneficio de otra.

2.- Se permite la sub-contratación de servicios especializados o de ejecución de obras especializadas **que no formen parte del objeto social ni de la actividad económica preponderante de la beneficiaria**, siempre que el contratista esté registrado en el padrón que correrá a cargo de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Estos servicios y obras pueden ser prestados por empresas del mismo grupo empresarial.

3.- La sub-contratación de servicios especializados o la ejecución de obras especializadas debe formalizarse mediante contrato por escrito en el que se señale el objeto de los servicios o las obras a ejecutar, así como el número aproximado de trabajadores involucrados. De no cumplir el contratista con sus obligaciones el contratante será solidario responsable.

4.- La Secretaría del Trabajo expedirá dentro de los treinta días siguientes a la vigencia de la reforma, las disposiciones de carácter general que determinen los procedimientos relativos al registro de estos sub-contratistas, y una vez que esto ocurra los interesados tendrán un plazo de noventa días naturales para el trámite respectivo.

5.- Se adiciona un párrafo tercero al artículo 41 de la Ley Federal del Trabajo que regula la figura de la sustitución patronal y ahora se dice que para que surta efectos la misma **deberán transmitirse los bienes de la empresa o establecimiento al patrón sustituto**.

Lo anterior quiere decir que mientras que no se dé esa transmisión de bienes, ya sea total o parcial, de más de la mitad, según la interpretación del suscrito, no habrá sustitución patronal, por lo que si a los trabajadores se les cambia de una empresa sub-contratista a otra, cuyo funcionamiento permita la Ley, necesariamente tendrán que liquidarse los derechos laborales

de esos trabajadores cada vez que ocurra ese traslado, iniciando así una nueva relación laboral con el siguiente patrón en turno.

Antes de esta reforma los trabajadores eran transferidos indiscriminadamente de una empresa de tercerización a otra en una aparente sustitución patronal, lo que al final de cuentas era en agravio de esos trabajadores pues tan insolvente era la primera de las outsourcing como las que le sucedían.

Conforme al cuarto transitorio se salva la condición sine qua non de transmisión de bienes para que opere la sustitución patronal **si dentro del plazo de noventa días naturales contados a partir de la entrada en vigor de la reforma –vence el 23 de julio- el actual contratista transfiere al contratante a los trabajadores sujetos al régimen de outsourcing**, lo que estimo ocurrirá de manera casi general, es decir, que el contratante absorberá sin duda esa mano de obra que estaba registrada a nombre de un tercero y los derechos laborales de los trabajadores quedarán a salvaguarda, incluida su antigüedad que al efecto hubiesen generado, pues en este caso de excepción no aplicará la regla de transmisión de bienes para que opera la sustitución patronal.

6.- Por lo que toca al tema de la participación de utilidades, se adiciona una fracción al artículo 127 de la Ley Federal del Trabajo que establece como límite máximo a recibir por el trabajador el importe de tres meses de salario o el promedio de la participación recibida en los últimos tres años, debiéndose aplicar aquí lo que resulte más favorable al trabajador.

7.- Con clara tendencia a la intimidación hacia el sector empresarial se prevé como sanciones para sub-contratante y sub-contratista cuya actuación sobre este tópico no se ajuste a la reforma, multas que van de 2000 a 50000 veces la unidad de medida y actualización, por lo que considerando el valor actual de esa unidad de \$89.62, tales sanciones económicas fluctuarán, la mínima de \$179,240.00 y la máxima de \$4'481,000.00, lo que estimo en extremo excesivo, pero obedece a esa intención del estado mexicano de inhibir cualquier fórmula de sub-contratación que no se plegue a las nuevas reglas.

8.- Al patrón que no permita la inspección en su empresa se le citará para que exhiba toda la información y de no hacerlo se presumirá que no cuenta con ella. Se ratifica la multa de 250 a 5000 UMA, es decir, de \$22,405.00 a \$448,100.00, para el caso de que no permita el desahogo de la inspección.

Culiacán, Sin., a 8 de mayo de 2021.

Lic. Sergio Sandoval Matsumoto