Sección Doctrina

Deslaboralización

*Carlos Reynoso Castillo**

De manera general desde hace años en la doctrina internacional, se ha querido definir a la "deslaboralización" como una tendencia que se viene dando en el mundo del trabajo y que consiste en una serie de situaciones que escapan a la aplicación, total o parcial del derecho del trabajo o de la seguridad social.

En este trabajo se presentan planteamientos iniciales para entender dicha problemática, tratando de explicar unas modalidades laborales específicas en que tal fenómeno se viene presentando.

For several years in the international doctrine there have been attempts to define what could be called "dislabourisation", a tendency that has been showing up in the labour media, consisting in situations where the application of the labour law or social security is totally or partially missed. This work presents an introduction to the problem, aiming to explain some specific labour modalities in which this phenomenon has made itself present.

Sumario: Introducción. / 1. El encubrimiento de las relaciones laborales. / 2. Agencias de empleo. / 3. Trabajo a domicilio. / 4. Trabajadores bajo el régimen honorarios. / 5. Contrataciones temporales. / 6. La subcontratación. / 7. Conclusiones

Introducción

Como parte de la necesidad de reflexionar sobre los más importantes cambios que se vienen presentando en los últimos años en el campo de las relaciones de producción, resulta hoy importante estar atentos a los fenómenos que vienen haciendo su irrupción en ese terreno; nada más riesgoso hoy en día que tratar de seguir analizando los problemas laborales a partir de conceptos, esquemas, premisas y teorías que al enfrentarlos a las nuevas realidades, muy probablemente resultan obsoletos.

Uno de esos fenómenos que ha venido cobrando vigor es el que se denomina "la deslaboralización" de las relaciones de producción. Bajo esta denominación, y por lo menos ubicándonos predominantemente en el terreno

del derecho del trabajo, la deslaboralización debe entenderse como una tendencia que se traduce en un adelgazamiento del campo de aplicación del derecho social y, de manera particular del derecho del trabajo; el aumento de empleos aunque discreto no necesariamente se ha traducido en los últimos años, en un crecimiento del número de personas que son sujetos de algún beneficio o prestación de la seguridad social o del derecho del trabajo.¹

* Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad Autónoma Metropolitana, ciudad de México, Asesor Laboral.

1. El término "deslaboralización" fue utilizado inicialmente por la doctrina española, y su conceptualización es aun poco precisa, pero que sin embargo en todos los casos en que se ha intentado usar, se tiene como telón de fondo las nuevas modalidades que vienen asumiendo las relaciones laborales. Algunos destacados laboristas como el doctor Umberto Romagnoli, de la Universidad de Bolonia en Italia, al referirse al tema, desde hace años, señaló: "Deslaboralización es un feo neologismo. En compensación, es expresivo. Ha sido inventado para decir que los recién llegados (al mercado de trabajo) podrán elegir solamente entre empleos clasificables

Las estadísticas no mienten y muestran de manera cruda la realidad, casi uno de cada dos mexicanos (as) que realizan alguna actividad no tienen prestación alguna; asimismo, de los que se supone que sí las reciben, la gran mayoría, sólo tienen beneficios limitados, generalmente inferiores a los mínimos legales. El tema como tal fue abordado por el Director de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su informe del año 2000, al señalar como los Estados han sido incapaces en los últimos años, de ampliar de manera significativa la protección social para los trabajadores, resaltando así la gran importancia que para la comunidad internacional representa este panorama.

Sin embargo, tal situación pareciera pasar inadvertida para la mayoría de los laboristas, por lo menos en el caso de México, los cuales siguen como a principios del siglo **XX**, tratando de perfeccionar sus argumentos teóricos y elucubrando sobre las bondades humanísticas que propuso el mítico artículo 123.

Tal situación, presenta diversas aristas y perfiles a partir de los cuales puede ser analizada; sin embargo, nos interesa destacar dos que nos parecen, son la muestra de una grave crisis de los pilares y premisas en las que desde sus orígenes el derecho del trabajo intentó fundarse y sustentarse, y que son el carácter expansivo del derecho del trabajo y la falta de respuestas de los actores laborales frente a las nuevas realidades.

La teoría laboral del siglo **XX** destacó diversas características del derecho del trabajo entre las cuales estaba su carácter expansivo. Asumiendo de entrada que el derecho del trabajo era, entre otras cosas, una especie de "salvador", que intentaría, al paso del tiempo, cubrir con su manto protector a cada vez mayores contingentes de personas, el derecho del trabajo siempre fue presentado como un conjunto de normas que tenían una misión y que era ofrecer cierta protección a los trabajadores, frente a las ambiciones insaciables y voraces de los patrones. Si bien es cierto, esta labor parecía irse cumpliendo en cierta manera, a pesar de los tropiezos, en momentos en que el contexto económico ayudaba a ver en el derecho del trabajo una espiral ascendente en la conquista de avances laborales en favor de los trabajadores. Sin embargo, tal situación cambiaría cuando diversos elementos y variables del contexto en el cual el derecho del trabajo pretende aplicarse, también cambiaron, de tal manera que

a medio camino entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, cuya proliferación constituye un efecto indirecto de las políticas de flexibilidad productiva y organizativa hechas posibles por el progreso tecnológico. "De modo que el derecho del trabajo contemporáneo —después de haber contribuido al bienestar del hombre que trabaja, valorizando su dignidad, garantizando su seguridad— en los umbrales del 2000 ha debido responder inquietamente a inesperadas interrogantes que ponen en discusión su misma legitimidad histórica y le instan a proponer su futuro". Cf. Romagnoli "Las transformaciones del derecho del trabajo", Debate Laboral, año V, no. 12 (3), 1992, San José, 1992, p. 6.

hacia los años ochenta y noventa la concepción de que el derecho del trabajo bien podía ser visto como un elemento inhibitor de las economías, empezó a ganar terreno, traduciéndose en reformas a las legislaciones laborales de buena parte del mundo. Así, la deslaboralización se iría dando por lo menos en dos vías, una abierta y a plena luz del día, por medio de reformas a los códigos y leyes del trabajo de muchos países, y otra en la clandestinidad y soterrada, tratando mediante muy diversas maniobras de escapar de la aplicación del derecho del trabajo. De esta manera los objetivos expansivos del derecho del trabajo irían sucumbiendo ante una realidad que parecía día a día volverlos más utópicos.

Por otra parte, los actores laborales (Estado, empleadores y trabajadores), parecieran verse rebasados con mucha rapidez, frente a un contexto que ya no puede ser explicado y entendido a partir del marco jurídico en el cual la legislación laboral los había ubicado.

El Estado enfrenta hoy en día el reto de atender las necesidades y reclamos de una población más heterogénea, con también necesidades muy diversas, una fuerza de trabajo cuyas aspiraciones dependen en buena medida, del grado de protección que disfrutan, contrastando entre aquéllos que cuentan con verdaderos privilegios laborales producto de historias sólo explicables en su circunstancia particular de la rama de actividad en que se ubican, frente a otros que en el mejor de los casos reciben algo que parece "salario mínimo", pero por otra parte están los grandes grupos de personas ubicadas en el sector informal de la economía y para los cuales cualquier norma protectora es totalmente desconocida.

Los empleadores, refugiándose en un esquema conceptual ya obsoleto en donde sus compromisos sólo empiezan y se agotan frente a las personas con las cuales mantienen una relación laboral, se muestran ajenos aunque preocupados frente a una realidad que les asombra, pero con la cual el derecho no los relaciona, dejando en el terreno de la ambigüedad un cierto compromiso social.

Los trabajadores y sus organizaciones, en ese contexto aparecen muchas veces como los privilegiados, no solo por tener un empleo, sino también por contar con prestaciones logradas al paso de los años y concentrando sus esfuerzos y estrategias de lucha en aumentar, en calidad y cantidad, sus beneficios, viendo a los desempleados o a los "deslaborizados", como datos de una realidad que si bien les inquieta, son gente que están del otro lado de una frontera que, a diferencia de aquéllos, pareciera ofrecerles cobijo e invulnerabilidad.

Frente a tal situación el derecho del trabajo pareciera adquirir nuevas dimensiones y requiere de nuevos enfoques y análisis que permitan verlo a la luz y los datos del contexto en el cual hoy pretende aplicarse.

Como puede advertirse la complejidad de aspectos específicos que este tipo de razonamientos presenta es grande, y sería muy pretencioso querer agotar el tema en

este trabajo donde solo deseamos hacer algunas anotaciones sobre algunas de las modalidades en que esta deslaboralización se viene dando en los últimos años.

1 « El encubrimiento

de las relaciones laborales

Una de las modalidades en que se ha venido manifestando la deslaboralización ha sido lo que se ha dado en llamar el encubrimiento de las relaciones laborales. Uno de los primeros problemas que enfrenta este tipo de planteamientos es de carácter conceptual, ya que se necesita definir, de una manera clara qué se entiende por "encubrimiento" de la relación de trabajo, ya que se trata de una expresión que no es unívoca. En un intento, discutible por cierto, de entender el tema, diríamos que en este caso hablamos de "situaciones de encubrimiento", en aquellos casos en donde una actividad se realiza y existan evidencias de que, para que la misma se lleve a cabo, se han realizado actos jurídicos o no jurídicos para evitar la, en otras circunstancias, "natural" aplicación de la legislación laboral.

Sin embargo, hablar de una medición o parámetro exacto que permita dar cuenta del encubrimiento de la relación de trabajo es por ahora, a nuestro juicio, prácticamente imposible, ya que no solo no se cuenta con una metodología que permita obtener la información estadística que muestre, primero las dimensiones y características y modalidades que asume tal encubrimiento, mucho menos se cuenta con información completa para explicar plenamente la evolución reciente de tal fenómeno.

Sin embargo, la información disponible como ya se indicaba, a veces permite hacer algunas presunciones, deducciones e inferencias, que son tan solo "pistas" o sospechas no siempre comprobables objetivamente.

Para efectos de estas notas, y con todas las reservas que este tipo de constataciones nos impone, nos parece que podemos afirmar que existe una importante y marcada tendencia hacia el aumento de mecanismos, formas o modalidades que en conjunto pudieran considerarse como formas que asume el encubrimiento de la relación laboral; se trata de formas que asume la actividad de una persona y que por no reunir los requisitos que la legislación laboral señala, la misma no se le aplica o solo se aplica de manera parcial; es decir, jurídicamente existe un desplazamiento del campo de aplicación del derecho del trabajo a otros campos jurídicos, en todo caso menos costosos.

Algunas de esas modalidades encubridoras son precisamente las siguientes: las agencias de empleo, el trabajo a domicilio, trabajadores bajo el régimen honorarios y las contrataciones temporales y, como un caso especial y que nos merece un análisis más puntual, está la denomi-

nada subcontratación, tema que trataremos de abordar más detenidamente. Como veremos se trata de casos, todos ellos en los cuales se ha advertido una interesante evolución en los últimos años y sobre los que conviene hacer un comentario.

2 » Agencias de empleo

El artículo 123-A, fracción XXV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el servicio de colocación de los trabajadores será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas de trabajo o por cualquiera otra institución oficial o particular; se agrega además, que en la prestación de este servicio se tomará en cuenta la demanda de trabajo y, en igualdad de condiciones, tendrán prioridad para ser seleccionados quienes representen la única fuente de ingresos en su familia. Esta disposición constitucional ha sido retomada por la Ley Federal del Trabajo (LFT) en sus artículos 539-D, 539-E y 539-F, en donde se puede leer que el servicio de colocación será invariablemente gratuito para los trabajadores, y que podrán participar en la prestación de este tipo de servicios, tanto dependencias oficiales, instituciones docentes, organizaciones sindicales y patronales, instituciones de beneficencia y demás asociaciones civiles que no persigan fines de lucro. Todos estos casos serán del conocimiento de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS) con la finalidad de llevar un registro y control y de esa manera, poder coordinar las acciones en la materia.

En el año de 1982 se emitió un Reglamento de Agencias de Colocación de Trabajadores (*Diario Oficial* de la Federación, 23 de noviembre de 1982), con el cual, retomando los planteamientos constitucionales en la materia, se buscó dar un marco legal a la prestación del servicio de colocación de trabajadores de agencias particulares y oficiales con o sin fines lucrativos. En este documento se señaló que el servicio de colocación de los trabajadores será gratuito para éstos y no se podrá cobrar alguna inscripción o exigir retribución por cualquier concepto. Las agencias de colocación con fines lucrativos deben obtener la autorización correspondiente para realizar lícitamente actividades como tales, dicha autorización se otorgaría solo de manera excepcional. La solicitud para operar como agencia de colocación debe acompañarse de informaciones y documentos diversos (acta constitutiva, plantilla de personal, entre otros). Dichas agencias una vez autorizadas, les está prohibido participar en la contratación de extranjeros para laborar en el país, cobrar a los solicitantes, convenir que los patrones pacten que sus honorarios serán con cargo a los salarios de los trabajadores, ofrecer condiciones de empleo falsas, discriminar de alguna forma en la selección, etc. En caso de infrac-

ción a alguna de las disposiciones se les puede suspender temporalmente de la autorización de funcionamiento, revocar la autorización o multarlas.

Será la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, en materia federal, y las autoridades laborales en cada Estado o en el Distrito Federal, en materia local, las competentes para aplicar esta reglamentación.

La **STPS** cuenta en su estructura con el Servicio Nacional de Empleo el cual, mediante diversos mecanismos administrativos, cumple con la función de vincular la oferta y la demanda de mano de obra, así como coordinar a los diversos sectores (incluyendo incluso a los privados) que realizan funciones de colocación de trabajadores

Vale la pena recordar que si bien es cierto el artículo primero del convenio 181 de la Organización Internacional del Trabajo (**OIT**) sobre las agencias de empleo privadas de 1997 tiene un amplio espectro de modalidades a las cuales se les aplicaría, convendría analizar, en cada país, si ese ámbito de aplicación abarca finalmente a las diversas formas en que tal actividad se presenta, o si por el contrario quedan fuera algunas formas de triangulación o encubrimiento de las relaciones laborales como las que aquí se señalan.

Tanto la Ley Federal del Trabajo, como el Reglamento de 1982, al que ya se hacía referencia, no contemplan hoy en día las diversas "aristas" que plantea el recurso a las agencias privadas de colocación y en ese sentido sería conveniente agregar algunas puntualizaciones que la actual legislación vigente en la materia en México no contempla. Algunas de esas precisiones se encuentran contenidas en el Convenio 181 que México no ha ratificado aun, a pesar de que, en su momento sí ratificó el convenio 96 (parte III) sobre agencias retribuidas de colocación (revisado), de 1949.

3 • Trabajo a domicilio

Otra modalidad de prestación del trabajo que ha venido creciendo en los últimos años y que puede permitir la no aplicación de la legislación laboral, ha sido el trabajo a domicilio, el cual si bien es cierto cuenta con algunos antecedentes de principios de siglo, se ha venido ubicando en ciertas actividades, por ejemplo ensamblaje en diversas industrias, diversas modalidades específicas de la industria textil (por ejemplo del vestido y la confección), del calzado, etcétera, y en ciertas regiones del país como Michoacán, Distrito Federal, Jalisco y Guanajuato.

Existen dificultades para medir con exactitud la dimensión del trabajo a domicilio, los estudios sobre el tema dan cuenta, en el mejor de los casos, de sectores o regiones específicas, pero se carece de un análisis nacional mas o menos confiable. Así mismo, varios estudios señalan que el trabajo a domicilio es realizado predominante

mente por mujeres (muchas veces amas de casa), generalmente con escasa formación educativa y profesional. Este tipo de actividad cuenta en México, desde 1931, en la **LFT** con un capítulo especial, normas que se complementarían en algunas regiones por ejemplo en 1952 con la adopción de criterios sobre el funcionamiento de "talleres de costura, pequeñas industrias y los que den trabajo a domicilio en el Distrito Federal". Hoy en día la ley regula el tema con base a ciertos principios entre los que conviene destacar los siguientes: se define al contrato correspondiente como el convenio por virtud del cual el patrón venda materias primas u objetos a un trabajador para que éste los transforme o confeccione en su domicilio y posteriormente los venda al mismo patrón, y cualquier otro convenio u operación semejante, constituirá trabajo a domicilio (artículo 312 de la **LFT**); por otra parte, las condiciones de trabajo deben constar por escrito, se debe precisar, aparte de los datos de las partes, el lugar donde se prestará el trabajo, los empleadores deben registrarse previamente en un registro a cargo de la inspección del trabajo, los empleadores deben de contar con un libro de registro de trabajadores a domicilio autorizado por la inspección del trabajo el cual deberá asentar ciertos datos precisos sobre la manera como el trabajo se desempeñe, el empleador debe proporcionar una libreta en donde se registren las actividades del trabajador, existen algunas obligaciones especiales del empleador como fijar los montos salariales en lugares visibles, asentar en la libreta las pérdidas y deficiencias del trabajo, dar el trabajo en la manera convenida. Desafortunadamente en este campo no se cuenta con estudios que permitan medir el grado de cumplimiento de esta normatividad.²

De conformidad con las informaciones disponibles, se puede constatar que las disposiciones que según la **LFT** se deben aplicar en estos casos, son totalmente desconocidas no solo por los trabajadores involucrados en un trabajo a domicilio, sino también por los empleadores que lo ofrecen. Además de que en algunos casos, los conceptos de la ley no se corresponden con la realidad.

4 • Trabajadores bajo el régimen

honorarios

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2606 prevé el contrato de prestación de servicios profesionales, en donde el que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos: Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularán atendiendo justa-

2. Cf. REYNOSO CASTILLO, C. "Trabajo a domicilio en México", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, UNAM, Nueva Serie año XXV, no. 73, México, enero-abril 1992, pp.111-133.

mente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, etc.

Como puede advertirse este tipo de contrato de naturaleza civil, reúne los elementos característicos de una relación de esta naturaleza, a saber, la prestación de un servicio, y la contraprestación, o sea el pago de una cantidad por dichos servicios, denominados en este caso honorarios. Estos honorarios cuentan con una amplia regulación fiscal para efectos de ser gravados y dar lugar a ciertos pagos de determinados impuestos (Impuesto al Valor Agregado, Impuesto Sobre la Renta, por ejemplo).

Lo interesante a señalar en este caso, es que este tipo de contratación y esta forma de remunerar un servicio, ha sido utilizado de manera creciente como figura jurídica, para normar relaciones que en principio debieran ser consideradas de carácter laboral, encubriendo así un verdadero trabajo asalariado, con el consiguiente pago y cumplimiento de obligaciones propias de su naturaleza, de tal manera que la utilización de contrataciones civiles, como ésta, en lugar de contratos laborales, ha permitido a muchas empresas disminuir costos, asumiendo en los hechos que su única obligación es el pago de los honorarios respectivos, y no pagando otras prestaciones o beneficios como el de la seguridad social, etc.

Frente a esta situación, como se indica en otra parte de este trabajo, el trabajador afectado cuenta con una acción legal para intentar un pleno reconocimiento de su situación laboral, se trata precisamente de la acción de reconocimiento de la relación de trabajo, en donde el trabajador deberá probar enjuicio la verdadera naturaleza jurídica de la relación que lo une con el empleador; en este caso opera en favor del trabajador el planteamiento que hace la LFT en el art. 20, segundo párrafo, al establecer que "Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquél por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario". Sin embargo, en este caso, la carga de la prueba recaerá sobre el trabajador, quien deberá aportar todos los elementos de convencimiento para demostrar que en los hechos se daban todos los elementos propios de una relación laboral y de manera especial el de la subordinación, para que así, se haga acreedor de todos los derechos consagrados en las leyes laborales.

5 • Contrataciones temporales

La ley mexicana, al igual que la mayoría de las legislaciones de la región, impusieron desde hace tiempo el criterio de que las contrataciones debían ser por tiempo indeterminado, salvo ciertos casos de excepción (por tiempo u obra determinada), sin embargo, en los últimos años se

ha podido constatar que las formas excepcionales han empezado a ocupar un lugar importante entre en el panorama laboral mexicano.

Las estadísticas del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) muestran un aumento de los trabajadores asegurados eventuales; aunque las cantidades muestran ciertas oscilaciones, pareciera advertirse una tendencia hacia la temporalidad limitada de los contratos, por ejemplo: se tenían registrados 1,268,219 trabajadores eventuales en 1994, pasando luego a 884,870 en 1996, 866,048 en 1997 contra 1,213,372 en 1998; en 1998, por ejemplo, de este total, 483,659 correspondieron a la industria de la construcción, 537,890 ajenos a la industria de la construcción, 139,033 estacionales cañeros y 52,790 estacionales del campo en general. Para marzo de 1999, la cantidad fue de 1,438,794.

Así mismo, de manera general las estadísticas de la seguridad social, muestran como en tratándose de la relación entre trabajadores asegurados permanentes y eventuales registrados, los permanentes siguen superando ampliamente a los eventuales, sin embargo en este último rubro se manifiesta un aumento en fechas recientes.

Las repercusiones prácticas del encubrimiento en las relaciones de trabajo son, de manera genérica, la inadecuada o inexistente aplicación de la legislación laboral. En ese sentido, los diversos capítulos principales de la LFT, son derechos desconocidos en la mayoría de estos casos.

Así por ejemplo, en materia de condiciones de trabajo, en el mejor de los casos se tiene acceso a un salario mínimo, pero se carece del disfrute de otros derechos que en otras circunstancias serían incluso reclamables judicialmente, por ejemplo: horas extras, vacaciones, prima vacacional, días de descanso pagados, aguinaldo, prima de antigüedad, participación de utilidades, etc.

Así mismo, las condiciones de seguridad e higiene, no son precisamente las que de acuerdo con la normatividad vigente debieran existir; como ya se indicaba, en muchos casos, los "centros de trabajo" o son los mismos domicilios de los trabajadores o sus familias o se realiza en lugares que no reúnen las condiciones mínimas de higiene y seguridad laboral. Esta situación provoca mayores riesgos y accidentes profesionales, los cuales, de igual manera, no pueden ser atendidos por una seguridad social que, en la mayoría de los casos, desconoce a estos trabajadores.

Las condiciones en que se realiza este tipo de labores (lugares aislados, participación de familiares, gran participación de fuerza de trabajo femenina, etc.) son poco favorables para la organización gremial, y a pesar de que en casos aislados ha habido intentos de asociarse, las organizaciones sindicales o son desconocidas, o las que llegan a tener algún grado de participación, son mas sensibles a los planteamientos del empleador que a los de los trabajadores.

Por su parte la administración de justicia, no registra un tratamiento o clasificación diferente para estos trabajadores, en el caso de que presenten una demanda por incumplimiento de derechos laborales, lo cierto es que entre los abogados litigantes existe el consenso de que resulta mas difícil realizar la defensa de un trabajador en estas circunstancias, en donde de manera sistemática si se logra emplazar ajuicio a un patrón, éste asumirá como estrategia el negar la existencia misma de la relación laboral.

6. La subcontratación

En el caso mexicano, el termino "subcontratación" se ha venido utilizando, incluso por instancias gubernamentales, para referirse a aquellos casos en que una empresa pacta, con otra empresa o persona física, la realización de una parte de su proceso productivo. Se trata de una modalidad que, como se verá mas adelante, ha aumentado en los últimos años e incluso ha sido fomentada por el Gobierno mexicano.³

Por lo que toca el régimen jurídico aplicable a estos casos, las normas se ubican ya sea en el derecho civil o mercantil o bien en el derecho del trabajo, es por ello que es conveniente distinguir varios aspectos que se plantean en tales situaciones: a) uno, es el régimen jurídico aplicable entre la empresa subcontratante (la que demanda el servicio), y la subcontratada (la que oferta y realiza el servicio), b) otro, es el régimen aplicable a la empresa subcontratada y sus trabajadores, c) y finalmente las normas referidas a las posibles relaciones entre los trabajadores de una empresa y los trabajadores de la otra.

a) El primer caso, la relación entre la empresa subcontratante y la subcontratada se sitúa en el terreno del derecho civil o el mercantil, asumiendo la forma de un acuerdo de voluntades formalizándose por medio de un contrato, conteniendo entre otras cosas el objeto, lugar de ejecución, derechos y obligaciones de las partes, montos por el servicio y señalando generalmente que, en caso de diferencias

en la interpretación de dicho contrato o de un litigio derivado de su aplicación, la instancia para dirimir las diferencias, serán invariablemente los tribunales civiles ubicados en alguna localidad.

Cabe señalar que una cláusula que de manera recurrente aparece en estos contratos es que la empresa subcontratada (persona física o moral) manifiesta que cuenta con los recursos humanos y materiales para la realización del servicio pactado y que, además, asume todas las responsabilidades y obligaciones de tipo laboral que pudieran derivarse con sus respectivos trabajadores; en algunos casos, este tipo de manifestaciones se acompañan de un compromiso de la empresa subcontratada de "dejar a salvo y libre de cualquier reclamo" a la empresa subcontratante, lo cual quiere decir que ante una eventual demanda por ejemplo de tipo laboral de algún trabajador de la empresa subcontratada en contra de la subcontratante, la empresa subcontratada puede, si así lo pactó, no sólo hacer frente a tales reclamos, sino incluso asumir su defensa legal ante tribunales. En el fondo, uno de los principios que guían en este caso la redacción de los contratos sobre los aspectos laborales, es borrar cualquier vestigio de nexo o compromiso laboral entre los trabajadores de la empresa subcontratada y la subcontratante a pesar de los señalamientos que sobre este aspecto hace la ley, y que se comentarán más adelante. **b) Otro aspecto**, es el que se refiere al régimen aplicable a la empresa subcontratada y sus trabajadores. En este caso, estamos en presencia de una relación "típica" de trabajo entre una empresa y sus trabajadores, en donde puede existir o no un contrato de trabajo con las características que para tales fines señala la ley mexicana, es decir, el contrato individual de trabajo deberá incluir entre otras cosas, nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio del trabajador y empleador, el tipo de duración del contrato, el tipo de servicio que habrán de prestarse, el lugar o los lugares donde deba prestarse el trabajo, la duración de la jornada, la forma y el monto del salario, el día de pago, etc.⁴ En estos casos se presentan claramente los elementos de subordinación y trabajo personal, necesarios para que la legislación laboral y de seguridad social sean aplicables. El incumplimiento del contra-

3. Aunque acá se hace un intento de conceptualizar el término "subcontratación", no cabe duda que estamos también ante un terreno bastante movidizo, ya que se suelen utilizar otros términos para referirse, en un sentido amplio, al mismo fenómeno o bien a modalidades cercanas, por ejemplo: "intermediación laboral", "outsourcing", "externalización", "descentralización o desconcentración productiva o funcional", "tercerización", etc. Nosotros hemos optado por el término "subcontratación", entre otras razones porque la misma OIT, desde sus trabajos sobre el tema en la Conferencia no. 85 de 1997 se refería al "trabajo en régimen de subcontratación", lo cual permite suponer que dicha denominación es el resultado de un amplio análisis de derecho comparado y que en el futuro pudiera ser la denominación que sea mas difundida a nivel internacional, para referirse a las situaciones que ahora se abordan.

Véase BRONSTEIN A. "La subcontratación laboral", Derecho Laboral, tomo XLII, no. 195, julio-sept. 1999, Montevideo, 1999.

4. Conviene señalar que en muchas ocasiones el elemento que varía es el lugar de ejecución del trabajo, el cual generalmente no es el de la empresa, sino de un tercero; a esta circunstancia la legislación no siempre le da un significado específico que se traduzca en efectos diferentes de aquellos de una relación de trabajo que se ejecute en el domicilio de la empresa; sin embargo, este elemento podría permitir la inclusión en la ley de alguna presunción con efectos legales. Aquí lo importante sería, aportar elementos que dejen a salvo los casos en que tal situación es legal y normal, de aquellos en donde se trate de una maniobra para evadir la aplicación de la ley.

to de trabajo o de la legislación laboral podría derivar en un litigio, donde los tribunales laborales (Juntas de Conciliación y Arbitraje) serían las instancias competentes.

c) *Vale la pena recordar*, que la ley mexicana atribuye algunos efectos legales a partir de la identificación del destino de la producción de la empresa subcontratada, así solo habrá consecuencias jurídico laborales cuando la empresa subcontratada destine cierta cantidad de su producción a otra empresa.

La LFT establece ciertas normas referidas a las posibles relaciones entre los trabajadores de la empresa subcontratante y los trabajadores de la empresa subcontratada. La ley establece dos hipótesis posibles que son:

c. 1 La ley señala (art. 13) que no serán considerados intermediarios, sino patrones, las empresas establecidas que contraten trabajos para ejecutarlos con elementos propios y suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores. En caso contrario, serán solidariamente responsables con los beneficiarios directos de la obra o servicios, por las obligaciones contraídas con los trabajadores.

c.2 La segunda hipótesis que la ley prevé es el caso de una empresa que ejecute, dice la ley, obras o servicios en forma exclusiva o principal para otra y que no disponga de los elementos propios y suficientes para cumplir con las obligaciones que deriven de las relaciones con sus trabajadores.

Se trata en concreto de dos posibilidades, en una en donde una empresa concentra sus actividades, ya de manera principal, ya de manera exclusiva para otra, y en ambos supuestos, la ley establece algunos efectos específicos, que serían: 1. La empresa beneficiaría (subcontratante) será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores, y 2. 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 ejecutan trabajos similares en la empresa beneficiaría. La ley señala que en estos casos para dirimir la proporción a que se hace referencia, se tomarán en cuenta las diferencias que existen en los salarios mínimos que rijan en el área geográfica de aplicación en que se encuentren instaladas las empresas, así como las demás circunstancias que puedan influir en las condiciones de trabajo.

Conviene precisar que la "solidaridad" a la que se refiere la ley, solo se presentaría en el caso en que la empresa subcontratada no contara con los elementos suficientes para hacer frente a sus compromisos con sus trabajadores.

Conviene insistir que estas hipótesis nada tienen que ver con los casos de intermediarios o agencias de colocación, a los cuales la ley dedica otras reglas específicas, y respecto de los que ya se ha hecho mención aquí.

En el caso de México sería muy arriesgado hablar de la existencia de un fraude cuando haya relaciones laborales que nazcan bajo este tipo de relaciones jurídicas (subcontratación) entre empresas, ya que los actos jurídicos que las recubren son actos perfectamente legales y reconocidos por el derecho, ya civil, mercantil o laboral, según el caso.

Lo cierto es como se indicaba, que una de las más importantes motivaciones de una empresa para recurrir a la subcontratación de alguna parte de su proceso productivo, es sin duda la disminución de los costos y, por consiguiente, el aumento por esa vía, de sus ganancias. Esta situación obedece, entre otras razones, al hecho de que muchas veces la empresa subcontratante pagaría costos más elevados si de manera directa realizara la labor subcontratada, ya sea por que existe ya un contrato colectivo que tiene prestaciones por encima de las de la ley, ya sea porque existe un sindicato que tendría injerencia en la contratación de los nuevos trabajadores, etc. Sólo desde esta perspectiva se podría hablar de "simulación" o "fraude", si se parte de que, en otras circunstancias, la subcontratación reduce para el subcontratante los costos laborales que tendría que cubrir en caso de operar de manera directa y en tanto que empleador las actividades que "delega". De igual manera difícilmente podríamos hablar de simulación o fraude, cuando se trata, como ya se señalaba, de actividades y mecanismos fomentados y auspiciados por el mismo Gobierno.

En el caso de México, la tendencia importante y destacable en este tipo de relaciones jurídicas, ha sido su aumento considerable en los últimos años, no sólo porque como se indica en otra parte de este trabajo, existe un número creciente de empresas que ofertan sus servicios a otras empresas bajo esta modalidad, sino también porque existe un fomento de este tipo de relaciones como parte de una estrategia de política económica del Gobierno mexicano en los últimos años. En efecto, en México existe el Sistema para la Subcontratación Industrial (SSI) que es un directorio de proveedores de procesos industriales, el cual cuenta con la información especializada sobre las capacidades productivas de esas empresas. La consulta de este sistema puede hacerse vía internet (dirección: www.secofi-siem.gob.mx). La inclusión de una empresa en el SSI se hace previa validación y verificación de la información que las empresas proporcionan por parte de consultores especializados; las ventajas que ofrece este sistema, dicen las autoridades, es que se pueden difundir y consultar las ofertas de procesos con capacidad disponible para subcontratar, se establece un enlace entre la oferta y la demanda y puede haber un contacto inmediato con la empresa seleccionada.

Si bien es cierto como ya se indicaba, existe una gran dificultad para saber con exactitud finalmente en qué sectores económicos es en donde la subcontratación se presenta con mayor magnitud, en el caso de SSI se invita de manera expresa y directa a las pequeñas, medianas y grandes empresas de las industrias del plástico, metalmecánica, eléctrico, electrónica, textil y confección (y a partir de 1997 se integran los sectores fármaco químico, cuero y calzado, conservas alimenticias y muebles de madera), para que oferten sus servicios bajo esta modalidad; en ese sentido, pudiéramos inferir que es precisamente en estos sectores productivos en los cuales hay una mayor demanda por subcontratar.

Los escasos intentos por cuantificar los alcances de este tipo de relaciones arrojan diversos números, hay quienes señala que el mercado de subcontratación de servicios en México vale entre 150 y 200 millones de dólares y que está conformado por menos de cien empresas entre las que destacan Anderson Consulting, Coopers & Lybrand, Deloitte & Touche, Price Waterhouse y KPMG, las que prestan servicios externos, principalmente de contabilidad y nómina, a unas 500 empresas mexicanas, pero su mercado potencial supera las cinco mil firmas; se agrega, además que los costos de operación de una empresa se pueden reducir hasta en 40 % por esta vía.⁵ Hay sectores como el automotriz, el calzado y vestido, en donde el desarrollo de la subcontratación es aun incipiente pero se le ve con un gran potencial y expectativa de crecimiento.

El aumento de la subcontratación en México se ha dado de manera mas acelerada y variada, en ciertas regiones del país; así, en Nuevo León diversas empresas han "delegado" en empresas especializadas ciertas áreas que antes atendían ellas de manera directa, por ejemplo, en empresas como Hylsa y Fibras Químicas se procedió a eliminar el departamento de computación y dejarlo en empresas líderes en se campo, HYLSE suprimió su Gerencia de Sistemas y subcontrató a IBM; asimismo, en el área de producción se contrató a Hecket (compañía estadounidense) para que se ocupase de todo el movimiento de materiales dentro de la empresa. En algunos de estos casos la reducción de personal y despidos se dio de manera particular, ya que en estas empresas la empresa subcontratada asumió el compromiso de recontractar a los mismos trabajadores que antes se desempeñaban en las empresas.⁶ En estos casos cabe señalar que si bien es cierto resulta positiva la posibilidad de recontractación de los trabajadores, situación que no es común, para evitar su desempleo, esa nueva relación laboral se hace jurídicamente, con personas diferentes desconociendo generalmente

así los derechos laborales que se hubiesen generado al amparo de la primera relación laboral, sobre todo desconociendo la antigüedad acumulada de los trabajadores; tal situación es grave si se cuenta como en México con un sistema de otorgamiento de prestaciones laborales en donde las mismas dependen en buena medida de la antigüedad de los trabajadores en la empresa. Otros ejemplos fueron los casos de la subcontratación de labores de mantenimiento y limpieza de equipo en varias empresas de la región.

Otros estudios de caso, por ejemplo en la empresa Siderúrgica Lázaro Cárdenas Las Truchas (SICARTSA), en el Estado de Michoacán, muestran que "con la acción del subcontratismo, la fuerza de trabajo es suministrada en condiciones de menor resistencia y mayor docilidad a la movilidad, a la extensión del jornal y a los bajos salarios, labora en circunstancias deplorables de seguridad en el trabajo y nulas en lo social, es objeto de discriminación, marginación y penalización, al operar sin relaciones contractuales de por medio". En tratándose de empresas que suministran personal, en los convenios que celebran la empresa subcontratante y la subcontratada, se puede leer que la empresa "se reserva el derecho de calificar y aceptar el personal que deberá suministrar el contratista de acuerdo con la categoría solicitada, de la misma forma podrá elaborar exámenes tanto teóricos como prácticos a cada uno de los elementos que aporte el contratista".⁷

En algunos otros casos particulares el aumento de trabajadores incorporados a las empresa por esta vía ha ido en aumento, por ejemplo en la empresa IBM en Guadalajara inició con 90 % de personal propio y solo 10% por esta vía, hoy en día aproximadamente el 85 % del personal es "complementario" es decir contratado por esta vía.

Finalmente por lo que se refiere a la cuantificación de esta modalidad, como ya se indicaba, a lo único que generalmente podemos llegar es a hacer inferencias que nos permitan advertir, con todas las reservas del caso, la dimensión del tema. En adición a los datos anteriores conviene señalar la existencia de un estudio denominado Intercensal del Seguimiento de Establecimientos Grandes y de Empresas de 1996, en donde se resumen las principales características de sectores de actividad como el minero y extracción de petróleo, manufacturero, electricidad, comercial, de servicios (no financieros) y de transportes, con datos que se refieren a 1995. En una de estas estadísticas (referidas precisamente para 1995), se muestra como el total nacional de unidades económicas fue de 98 747, así mismo, del total de personal ocupado (promedio) en dicho periodo 4,798,165 correspondió a una unidad económica, mientras que 222,321 correspondió a otra razón social, y de esta última cantidad, casi una cuarta

5. Cf. YALIN CACHO, Diario *El Financiero*, México, 31 agosto 1998.
6. Cf. POZAS Ma. de los A. "Tendencias recientes de la organización de la industria en Monterrey", in: Zapata F. (Coord.) "¿Flexibles y productivos?. Estudios sobre flexibilidad laboral en México, El Colegio de México, México 1998, p.74.

7. Cf. MARTÍNEZ APARICIO J. "Flexibilidad y productividad en la Siderúrgica Lázaro Cárdenas Las Truchas (Sicartsa)", in: Zapata F. (Coord.) "¿Flexibles y productivos? Estudios sobre flexibilidad laboral en México, El Colegio de México, México 1998, pp. 308-309.

parte, es decir 60,665 realizó "actividades de apoyo", definidas en estas estadísticas como las personas que trabajaron en la unidad económica, pero que no dependen administrativamente de la misma, incluye personal de vigilancia, mantenimiento, limpieza, etc. y se excluye a personas que prestaron sus servicios profesionales a base de honorarios, comisiones, iguales, etc.

Si bien es cierto, las estadísticas muestran un creciente aumento de la subcontratación en México, conviene destacar el caso del también aumento de las empresas denominadas de administración de personal. En este como en los otros casos, no existen estudios que permitan tener una información completa sobre la cantidad de empresas que hoy en día están ofertando estos servicios. En algunos casos se trata de una modalidad de subcontratación en la cual, diversas obligaciones que debería asumir de manera directa el empleador, ahora se encomiendan a una empresa distinta jurídicamente a la primera, en algunos casos el acto jurídico que relaciona a esas dos empresas es un contrato de naturaleza civil que presenta las siguientes características: se denomina en ocasiones "contrato de suministro de personal", en donde la empresa ofertante del servicio se compromete a suministrar determinado personal cuyas características se detallan en alguna parte del contrato. La empresa suministradora, asume expresamente que es el único patrón del personal suministrado, será quien cubra directamente los salarios y demás prestaciones a que tengan derecho los trabajadores suministrados.

La expresión que jurídicamente asume este tipo de esquemas se refleja en los contratos que suscriben las empresas demandantes del servicio y las subcontratadas, en donde es común encontrar que el contratista o subcontratado, en tanto que patrón, asume la calidad de tal y será el único responsable de las obligaciones derivadas de las disposiciones legales y demás ordenamientos en materia de trabajo y seguridad social. Asimismo, la subcontratada conviene en responder de todas las reclamaciones que sus trabajadores presenten en su contra o contra de la empresa subcontratante, en relación con los trabajos que ampara el contrato o convenio correspondiente, por lo que no se podrá declarar a la empresa como responsable solidaria ni como patrón sustituto.

La empresa suministradora, por estos servicios cobrará honorarios, sujetos al régimen fiscal de prestación de servicios, se trata en algunos casos de un porcentaje, generalmente, sobre la nómina que pague a los trabajadores suministrados. La relación entre las dos empresas, en algunos casos se ve complementada con obligaciones durante la ejecución del contrato, como la obligación de dar informes sobre el desempeño de los trabajadores, modificaciones en las prestaciones otorgadas, reducciones de personal, irregularidades en su actuación, alteraciones en la prestación del trabajo, entre otras; así mismo, en algunos casos la empresa suministradora de personal con el

fin de garantizar su responsabilidad laboral frente a los trabajadores suministrados, otorga una fianza, garantizando así el cabal cumplimiento de los compromisos pactados.

Con esta modalidad y en razón de que la empresa suministradora de personal asume de manera directa toda la responsabilidad laboral, al empresa contratante de sus servicios no tendrá que hacer frente a compromisos ante la seguridad social, pago de impuestos derivados de una relación laboral, pagos al sistema de ahorro para el retiro, ni llegado el caso, atender litigios ante los tribunales laborales iniciados por los trabajadores involucrados, ya que los servicios contratados incluyen en la mayoría de los casos la asesoría jurídico laboral ante las instancias competentes.

El análisis de estas modalidades de trabajo presenta, desde el punto de vista laboral mas bien una situación paradójica, ya que si bien por un lado, estos mecanismos se diseñan é implementan con apego al derecho nacional, también por otro lado se trata de formas de deslaboralización, ya que eliminan o limitan la aplicación plena del derecho del trabajo; todo esto se traduce en diversos grados de protección o desprotección, por ejemplo entre los trabajadores de la empresa subcontratante y aquellos trabajadores de la empresa subcontratada, en donde se puede presumir, salvo prueba en contrario, que las prestaciones y en general la situación laboral de los trabajadores de la segunda son menores y más precaria que los de la primera. De esta manera, es común encontrar informaciones sobre todo periodísticas que señalan la existencia de jornadas menores y discontinuas, modificaciones de prestaciones económicas o servicios sociales ya obtenidos. Algunos trabajos señalan que "El traslado de procesos productivos a subcontratistas frecuentemente conlleva que estos estándares (estándares legales) se infrinjan aún más puesto que prioritariamente los subcontratistas pequeños apuestan a lograr ventajas de costo dejando a un lado tales estándares".⁸ Otros estudios indican, por ejemplo, que la eliminación de ciertas prestaciones como el pago de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, es una de las principales motivaciones para la creación de empresas de mano de obra . Asimismo, en muchas ocasiones esas empresas aparte de no generar utilidades, llegan a ser insolventes, con las consiguientes dificultades de reclamarle alguna responsabilidad.⁹

Por lo que toca a la estabilidad laboral de los trabajadores contratados por esta vía, la misma queda severa-

8. Cf. ALTENBURG TILMAN, BOSSE DORTE, BRUNZEMA THORSTEN, ECKHARDT J. UNGER BARBARA y ZEEB STEFAN "Desarrollo y fomento de la subcontratación industrial en México", Materiales de Trabajo, no. 6, Friedrich Ebert Stiftung, México 1998, p. 101.

9. Cf. DE BUEN N. "Las empresas de mano de obra", Memorias del Décimo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, Tlaxcala, Tlaxcala, 17-19 noviembre 1997, p. 142.

mente cuestionada, ya que en ocasiones las posibilidades de despido quedan sujetas a que así lo decida e indique la empresa subcontratante y empleadora directa del trabajador. En estos casos es común encontrar contratos individuales de estos trabajadores en donde se considere como "falta de probidad" (causal ambigua, aunque prevista expresamente en el artículo 47 de la **LFT**) el hecho de no ser aceptado o simplemente que ya no quiera sus servicios la empresa subcontratante. En otros casos específicos se puede advertir que "en los casos en que el personal del subcontratista cometa algunas faltas, particularmente de asistencia o de exceso de velocidad en el interior de la planta, la empresa tiene la facultad de efectuar descuentos sobre el pago del servicio prestado: de un salario mínimo por cada incidencia de exceso de velocidad; y 10 % del importe de una jornada por cada categoría faltante a las labores, además de que el subcontratista estará obligado a reponer la ausencia con personal de calidad similar o bien podrá imponer un doble turno a los trabajadores con cargo al subcontratista y, en última instancia, la empresa podrá reponer el personal faltante".¹⁰

En algunos casos de subcontratamiento, Sicartsa por ejemplo, la empresa recomienda que la subcontratada inscriba a sus empleados en el Seguro Social (**IMSS**) y se señala el compromiso de que se le proporcione el personal en las condiciones y equipo de seguridad adecuado.

En cuanto a los derechos colectivos, existe gran dificultad para detectar la manera como en este tipo de relaciones se plantea el posible ejercicio de ciertos derechos como serían por ejemplo la libertad sindical y con ella la posibilidad de constituir sindicatos; sin embargo, vale la pena recordar que según algunos estudios, en el caso mexicano sólo entre el 18 y el 25 % de la población económicamente activa está sindicalizada, lo cual querría decir que del total de trabajadores empleados en el sector formal cerca de la mitad estarían sindicalizados, mientras que el sector servicios y comercio se caracterizan por estar poco organizados. En estos análisis se señala que el proceso de flexibilización de las relaciones laborales en el que México está inmerso desde hace varios años se ha traducido, entre otras cosas, en la creación de "una zona de virtual desregulación sindical" en donde la inversión extranjera está encontrando una ausencia de representación sindical; tal panorama se presenta básicamente en el sector de la industria maquiladora. Si bien es cierto esta situación es más o menos normal en empresas pequeñas, acá la novedad es que en muchas veces se trata de empresas relativamente grandes, cabe señalar que las maquiladoras cuentan en promedio con poco más de 250 obreros por establecimiento.¹¹

10. Cf. MARTÍNEZ APARICIO J, "Flexibilidad y productividad laboral en la Siderúrgica Lázaro Cárdenas Las Truchas" in: Zapata F. (Coord) ¿Flexibles y productivos?, Estudios sobre flexibilidad laboral en México, Colegio de México, México 1998, p. 310.
11. Cf. ILAN BIZBERG "Los efectos de la apertura comercial sobre el mercado laboral y las relaciones industriales en México", in: Vega

Algunos testimonios de trabajadores empleados en este sector manifiestan que aparte de haber un escaso o nulo cumplimiento de reglamentos de seguridad e higiene, existe una "férrea" oposición patronal para la constitución de sindicatos. En ciudades fronterizas del norte de México como Tijuana, Ciudad Juárez, Nogales, Chihuahua, Reynosa o Matamoros se concentra buena parte de este tipo de empresas maquiladoras; por ejemplo en Ciudad Juárez se ubican 18 parques industriales de importantes empresas transnacionales la mayoría de capital 100% estadounidense (Delphi, Ford, General Electric, Thomson, Lear, Valeo, Automotive, Marsh, entre otras), en donde laboran en conjunto 240 mil obreros, de los que solo el 20 % esta "formalmente" sindicalizado, es decir que paga cuotas sindicales, aunque no se enteren de las gestiones de sus representantes ante los empleadores.¹²

Entre las principales centrales obreras en México las opiniones sobre la subcontratación están divididas, mientras que la Unión Nacional de Trabajadores (UNT) de creación más reciente, propone la reglamentación de estas nuevas modalidades de trabajo, la Confederación de Trabajadores de México (CTM) y la Confederación Revolucionaria de Obreros y Campesinos (CROC) se oponen a la subcontratación.

En materia de negociación colectiva algunos autores señalan que se ha convenido con los sindicatos la subcontratación del propio personal agremiado a ellos, para prestar el servicio en jornadas menores o discontinuas o a veces dos o tres días a la semana; ante tal situación, se agrega, los sindicatos han preferido capacitar a sus agremiados en dos o tres actividades complementarias de su oficio original; este esquema de operación se usa desde hace varios años en empresas textiles, de confección de ropa, calzado, juguetes y artículos deportivos principalmente.¹³

Un detalle para anotar, es que los mismos subcontratistas en algunos casos han empezado a agruparse, por ejemplo la Industria Nacional de Autopartes, la Asociación Nacional de Proveedores de la Industria del Calzado, la Asociación de Industrias de Maquilado en Chihuahua, la Asociación de Proveedores de la Industria Maquiladora de Exportación; estas organizaciones de empleadores han surgido, según ellos mismos lo han manifestado, como una medida para protegerse contra los métodos desleales aplicados por los grandes contratistas.¹⁴

Canovas G. (Coord.) Liberación económica y libre comercio en América del Norte, El Colegio de México, México 1993, pp. 177-178.

12. Cf. Fabiola MARTÍNEZ "Industria exportadora. Violaciones a la LFT y bajos costos, base de expansión de maquiladoras", Diario *La Jornada*, 18 de junio de 1999.
13. Cf. BARAJAS MONTES DE OCA S. "La nueva estructura del mercado laboral", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, no. 91 enero-abril 1991, UNAM-1IJ, México, p. 40. Cf. ALTENBURG T. Bosse
14. D, BRUNZEMA T. ECKART J, UNGER B. ZEEB S. *op. cit.* p. 99.

Los litigios que eventualmente se plantean ante los tribunales y que tienen su origen en este tipo de relaciones laborales, se inician y tramitan como cualquier otro juicio, lo cual dificulta identificar en qué casos estamos en presencia de trabajadores de la subcontratación.

En adición a este tipo de modalidades, hay otras que por razones de limitaciones en la investigación por ahora sólo nos hemos asomado, como es el caso de las personas que venden algún producto en alguna tienda de autoservicio, y que son "pistas" de categorías específicas de trabajadores que requerirían de un análisis más profundo, pero que

15- Las tiendas departamentales como se les conoce en México, han mostrado una gran diversidad de tipos de presentaciones de mercado de trabajo. En grandes complejos comerciales y diversas tiendas en un mismo

lugar. A su interior estas tiendas mantienen una organización, física por lo menos, por áreas y tipos de productos, por ejemplo: artículos comestibles, limpieza del hogar, ferretería, carnes y mariscos, ropa deportiva, etc.

Una de esas áreas o departamentos es por ejemplo la de perfumería, en donde prácticamente el 100 % del personal es femenino con las problemáticas laborales que normalmente padece también este sector en otras actividades.

Aunque no se cuenta con estadísticas exactas y confiables sobre la cantidad de personas ocupadas en este sector y en particular en esos departamentos, se sabe sobre todo por informaciones periodísticas que se trata de una ocupación que tiene variabilidad en cuanto a la captación de mano obra en función de ciertas temporadas en las que estos centros comerciales reciben más clientela, por ejemplo en los meses de diciembre y enero. Por esta razón es común encontrar que ese personal sea contratado por tiempo determinado, precisamente para atender esas necesidades coyunturales de las empresas; sin embargo, esa práctica de contrataciones temporales (por 28 o 60 días) válida y con apego a la ley; sin embargo, es práctica común también que dicha contratación por duración determinada se dé en otras temporadas, en las cuales la justificación de la necesidad del momento no existe, ni tampoco existe el fundamento legal, traduciéndose esto en una permanente inestabilidad en el empleo de buena parte de las personas que laboran en estas actividades. Hay que señalar que la temporalidad no exime al patrón de inscribir a la trabajadora al seguro social. Otro tipo de problemáticas, que difícilmente se pueden documentar pero que se desprenden de pequeñas encuestas periodísticas o de casos en tribunales, como se indicaba tal vez no exclusivas de estos centros comerciales y de estas trabajadoras, es que muchas veces se exige para el ingreso al trabajo un certificado de no embarazo, e incluso existe algún tipo de discriminación, al exigir cierto tipo de características físicas de las personas que aspiran a laborar en esas áreas, por ejemplo estatura, talla mínima, etc. De acuerdo a las mínimas informaciones que pueden obtenerse, se puede saber que muchas veces las trabajadoras son contratadas por las empresas de cosméticos, las cuales mandan a ciertas tiendas departamentales, tanto su producto como las personas que habrán de exhibirlo y promocionarlo dentro de una tienda, en donde se les ofrece determinado espacio físico para tales fines. Asimismo, la denominación de su contrato es variable, se les denomina asesora de belleza, consejera de belleza o demostradora. En algunos casos, en cuanto a la duración del contrato, los menos son por tiempo indeterminado, y en algunos casos se les contrata por un periodo limitado, tres meses por ejemplo, con posible prórroga; en otros casos se celebra un "contrato de promoción", que estará vigente durante el tiempo que dure la promoción, de un determinado producto. En gran parte de esas empresas de cosméticos y perfumería las contratadas cuentan con inscripción al seguro social, Infonavit, seguro de vida, vales de despensa y sistema para el retiro. Generalmente no existe una capacitación previa para empezar a laborar y se aprende el trabajo bajo la supervisión de alguien con experiencia sobre la marcha, se exige excelente presentación (a veces se proporciona un uniforme determinado por la empresa), higiene bucal, uñas cortas y bien pintadas, rostro maquillado con productos de la empresa contratante (productos que muchas veces da la empresa al inicio de la relación laboral). En ocasiones las trabajadoras tienen importantes descuentos para adquirir los productos que

7 «Conclusiones

Resulta difícil ofrecer conclusiones finales cuando sólo se ha acercado inicialmente a una determinada problemática; sin embargo, asumiendo este tipo de riesgos deseamos presentar algunas reflexiones finales, con la idea de alimentar un debate que aún es incipiente entre los laboristas, por lo menos en México.

Si se parte de la premisa de que la aplicación plena del derecho del trabajo es uno de los objetivos a lograr en todas las relaciones laborales, entonces deberían realizarse los ajustes necesarios a dicha legislación para que exista una mayor viabilidad de cumplimiento de sus normas.

En el ámbito normativo, la **LFT** tiene que incorporar diversos cambios por medio de los cuales de forma directa o indirecta se combatan las diversas formas de encubrimiento de relaciones laborales que se vienen presentando de manera creciente. Algunos de esos ajustes a la legislación podrían ser en el caso de las presunciones de la existencia de la relación laboral, agregando por ejemplo, que tal presunción existirá no solo en los casos actualmente previstos en la ley, sino también en otros; así mismo, la carga de la prueba ante una acción de reconocimiento de la relación de trabajo debiera estar mas equilibrada, entre empleador y trabajador, en aquellos casos en donde la presunción de que en los hechos existe una relación de trabajo, es más fundada que en otros.

En el ámbito administrativo, la actualización del marco legal que regula las actividades de la inspección del trabajo, sería una tarea necesaria. Esta revisión tendrían que realizarse por lo menos en dos niveles:

Uno, el que se refiere a la estructura y organización de las instancias, federales y locales, encargadas de esta función, buscando contar con un plan de desarrollo de dichas instancias a corto y mediano plazo; este trabajo implicaría realizar un diagnóstico serio del cómo se han venido realizando sus actividades y cómo se podría mejorar su eficiencia en el futuro; asimismo, la búsqueda de políticas y mecanismos que permitan contar con una mayor homogeneidad entre las prácticas federales y las locales sería deseable, el acercamiento entre las instancias de inspección federal y local debiera tender hacia contar con los mismos criterios de supervisión y, sobre

promocionan. El salario se paga quincenalmente e incluye generalmente un monto de comisiones, lo cual pareciera acercarlas, jurídicamente a la figura de agentes de comercio prevista en al LFT, capítulo en el cual conviene recordar, la disminución reiterada de las ventas es considera^A como causa legal de rescisión sin responsabilidad para el empleador. Los montos salariales varían, sobre todo en cuanto al monto de comisiones, ya que el salario base sigue siendo el mínimo; a veces se ofrece alguna comisión sobre producto vendido, a veces se indica que si se cubre una cuota mínima establecida por ellos mismos al 100 %, se tendrá un "x" % de comisión y si se llega al 120 % o mas, se recibirá una comisión mayor; en otros casos se establece un mínimo de cuota para recibir una comisión de "x" %.

todo, los mismos criterios de sanción, en este caso, la posibilidad de contar con una sola estructura (con competencia federal y local) no debe descartarse.

Todo este esquema no estará completo si no se analiza, revisa y actualiza asimismo, el marco jurídico laboral que regula la actuación de los mismos inspectores del trabajo, la puesta al día de sus propias condiciones de trabajo (incluyendo su estabilidad laboral y su remuneración) son requisitos indispensables para que cualquier modificación funcione.

Dos, por otra parte, la actualización del marco legal debe incluir un análisis profundo de las actuales competencias y facultades de la inspección del trabajo para detectar los "espacios normativos" que de una u otra forma están siendo obstáculo para realizar su labor y ampliar sus facultades, contemplando no sólo, lo que podríamos denominar, facultades ordinarias, como las que actualmente rigen su actuación, sino incluso ver la posibilidad de incluir facultades extraordinarias, que permitieran en ciertas circunstancias acercarse a las formas de encubrimiento a las que ya se hacía mención.

Pero las posibles soluciones tal vez no debieran limitarse al terreno laboral y administrativo, sino que tal vez otras áreas del orden jurídico podrían dar apoyo para lograr el cumplimiento y respeto de las normas laborales, así por ejemplo, el derecho fiscal e incluso el derecho penal. El derecho fiscal, tratando de estimular con ventajas o tratamientos privilegiados a los empleadores que demuestren contar con una aplicación mínima y correcta de los derechos laborales; mientras que en el terreno penal, en el desarrollo del denominado derecho penal laboral, se podría explorar la posibilidad de incluir en los códigos penales, tipos penales que, bajo ciertas circunstancias, sancionen los esquemas maquinados de fraude a la ley o las prácticas en donde, de manera evidente, se pueda constatar que alguien se está beneficiando con el incumplimiento del derecho del trabajo.

En el esquema de relaciones laborales existente en México pareciera que uno de los instrumentos adecuados para enfrentar el encubrimiento de las relaciones laborales es la inspección del trabajo. Hay que recordar que la competencia de la inspección del trabajo en México se divide en función de la naturaleza local o federal de la industria de que se trate. Como se indicaba, en el caso mexicano la Constitución (art. 123-A-fracción XXIX) señala un catálogo de industrias consideradas como de competencia federal y las que no se encuentren ahí, por excepción serán de competencia local.

A nivel federal, según la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (artículo 40), corresponde a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social (**STPS**), entre otras competencias, las de vigilar la observancia y aplicación de las disposiciones relativas a la materia laboral contenidas en el artículo 123 y demás de la Constitución Federal, en la Ley Federal del Trabajo y sus reglamentos,

así como, estudiar y ordenar las medidas de seguridad e higiene industriales, para la protección de los trabajadores, y vigilar su cumplimiento. Derivadas de estas facultades, la **STPS** cuenta en su estructura con la Dirección General de Inspección Federal del Trabajo, la cual realiza visitas a los centros de trabajo; además la labor de la inspección se complementa mediante ciertas actividades específicas que se realizan en esta dependencia, como son: se califican actas de inspección, se emiten medidas para prevenir riesgos de trabajo, se instauran procedimientos administrativos sancionadores, se realizan peritajes técnicos, se orienta a las empresas y se vigila el trabajo de mujeres y menores. Entre septiembre de 1996 y agosto de 1997 se realizaron en toda el país 53,548 inspecciones a centros de trabajo de jurisdicción federal. Destaca en ese periodo la realización de 8,838 inspecciones en todo el país para vigilar los derechos de los menores trabajadores.

A nivel local, por ejemplo en el caso del Distrito Federal, existe la Subsecretaría de Trabajo y Previsión Social (creada en enero de 1998), que cuenta con la Inspección Local del Trabajo, que programa inspecciones periódicas, notificándolas con 24 horas de anticipación. En esas inspecciones se revisan condiciones generales de seguridad e higiene, así como condiciones generales de trabajo.

Si bien es cierto al paso de los años este tipo de estructuras administrativas, tanto locales como federales, se han ido perfeccionando y ampliando sus acciones; sin embargo, uno de los problemas que aun subsisten sigue siendo la dificultad para cubrir todas las necesidades de inspección; la falta de recursos, la insuficiencia del personal, la capacitación de los mismos inspectores, así como la subsistente discrecionalidad de algunos de ellos en la realización de su trabajo, han permitido que la inspección del trabajo sea aun un instrumento de eficacia relativa.

Esta situación ya de por sí difícil es aun mas grave en tratándose de situaciones laborales cuya ubicación e identificación no es evidente o que, precisamente, se desarrollan en la clandestinidad. Frente a esta situación la inspección del trabajo enfrenta aun dificultades mayores para realizar su labor de verificación del cumplimiento de la legislación laboral, ya que en muchos casos el mismo sistema jurídico está en su contra; por ejemplo, la Constitución señala que nadie podrá ser molestado en su persona y su domicilio sino es mediante mandato judicial que así lo ordene, en el caso de centros de trabajo que no están registrados o que no se tiene evidencia oficial de que funcionan como tales, para la inspección del trabajo será difícil realizar su labor.

En el caso específico de la denominada subcontratación, por lo menos para el caso mexicano como ya se explicaba, conviene distinguir dos modalidades en las cuales esas relaciones triangulares se expresan: una, es el caso de la subcontratación de servicios, en donde el marco jurídico vigente ayuda solo parcialmente al respeto y aplicación de la legislación laboral, pero que no contiene

mecanismos sólidos para evitar fraudes, y dos, es el caso de las empresas que suministran personal, en donde su crecimiento se está sustentando en la inadecuada o inexistente aplicación de la legislación laboral.

Aquí, en adición a lo que en el capítulo respectivo se señaló, convendría explorar la posibilidad de establecer nulidades de cláusulas, que ubicadas en principio en el derecho civil, tuvieran implicaciones y repercusiones en el campo social (laboral o de seguridad social), de tal manera que no fueran invocables ante los tribunales como escudos que permitan evadir ciertas responsabilidades.

En estos casos las posibles soluciones tendrán que ser necesariamente integrales, empezando por supuesto por la solución jurídica. En ese sentido, el punto en el que las normas jurídicas sobre el tema podrían intentar centrar su atención, es el que se refiere a la necesidad de contar con reglas y mecanismos que permitieran eliminar los diferentes grados de protección que se dan entre los trabajadores de la empresa subcontratante y los de la subcontratada, de esta manera se inhibiría el recurrir a la subcontratación como una forma de evadir la aplicación de las leyes laborales.

Este criterio tendría que agregarse a la política económica nacional que, como ya se indicaba, ha venido fomentando en los últimos años el recurso a la subcontratación; en otras palabras, la incorporación, por ejemplo al SSI, debiera incluir el compromiso y luego la constatación de que dichas empresas están ofertando sus servicios, por lo menos en estricto cumplimiento de la LFT.

Si bien es cierto en México, como ya se indicaba, la LFT en las pocas normas que directa o indirectamente se refieren al tema, señala que en estas circunstancias los trabajadores empleados en la ejecución de las obras o servicios tendrán derecho a disfrutar de condiciones de trabajo "proporcionadas" a las que disfrutaban los trabajadores que ejecutaban trabajos similares en la empresa beneficiaria. Pareciera entonces que este planteamiento de la ley daría derecho a los trabajadores de una empresa subcontratada, llegado el caso, (no se sabe si de manera individual o colectiva) para intentar una acción legal en contra de su empleador para que este proceda a "igualar" las condiciones de trabajo. Esta posibilidad si es que existe, hay duda de que fuera procedente, tendría que dirimirse mediante un juicio ante las juntas de conciliación y arbitraje en donde la empresa subcontratante o beneficiaria pudiera responder solidariamente llegado el caso, de las obligaciones laborales con dichos trabajadores. Esta posibilidad se enfrenta a muchas dificultades prácticas, ya que la misma ley y la interpretación que de la misma ha hecho la jurisprudencia, dificulta que los requisitos de igualdad, para que entonces procediera la igualación de condiciones admiten matices no siempre salvables.

Las estrategias jurídicas, que frente a estas situaciones se podrían seguir, dependen del momento en el cuál se deseara intervenir para eliminar simulaciones, nosotros

advertimos por lo menos tres momentos en los cuales la ley pudiera señalar criterios más estrictos que los que actualmente se tienen y que son:

1. En el momento del nacimiento de la relación jurídica entre la empresa subcontratante y la subcontratada (contrato u otro acto jurídico). En este caso si bien es cierto se está en el terreno del derecho privado y la libre voluntad de las partes es la regla, en la medida que esa relación jurídica puede tener consecuencias y perjuicios sociales, se podrían agregar requisitos de forma para la legal existencia de ese tipo de contrataciones. Entre esos requisitos de forma podrían estar los siguientes: que se cuente con una autorización de las autoridades laborales competentes (Justicia laboral o alguna autoridad laboral). Otra posibilidad es que se contara con un sistema de subcontratación (registro u otra modalidad) como el que ya existe en México (SSI), que no estuviera orientado exclusivamente por criterios e intereses mercantiles, sino que, como ya se anotaba, tuviera alguna participación de las instancias laborales competentes para vigilar y prevenir las simulaciones.

2. Otro momento de regulación podría ser, ya en la ejecución de las actividades subcontratadas, en donde, por ejemplo, la inspección de trabajo de manera expresa (ya que tácitamente tiene genéricamente hoy en día otorgada esa facultad de vigilar el cumplimiento de la legislación laboral) pudiera tener competencia para constituirse en aquellas empresas que mantienen una relación de subcontratación (ambas) y detectar aquellos casos en donde la subcontratación ha sido utilizada como un mecanismo de simulación, y por supuesto, establecer las sanciones correspondientes. Esta posibilidad, traería otro tipo de implicaciones que habría, en su momento, que analizar con detenimiento, por ejemplo: los recursos (humanos y materiales) con que cuentan y debieran contar las inspecciones del trabajo, los litigios que este tipo de disposiciones podrían acarrear, la legalidad y constitucionalidad, no solo de la inspección y eventual sanción en esos casos, etcétera.

3. El tercer momento de regulación posible, es el que se refiere a los casos en que a iniciativa de parte, generalmente por los trabajadores interesados, se iniciara algún litigio motivado por la presunta existencia de una simulación con la subcontratación. En este caso tendría que diseñarse alguna acción legal que de manera clara y expedita diera la posibilidad a los afectados para denunciar aquellas relaciones que, bajo la forma de subcontratación, se estén traduciendo en limitaciones o disminuciones, a sus derechos laborales. En el caso de México,

el marco legal eventualmente aplicable a tales casos es por demás limitado, por ejemplo, no se precisa en ninguna parte que quiere decir "condiciones de trabajo proporcionadas" cuando la ley habla de los trabajadores de una empresa que realiza trabajos para otra beneficiaria, no sabemos si la acción a intentar sería de carácter colectivo o individual; así mismo, estas normas de la LFT (art 15), se refieren al caso de empresas que ejecuten, obras o servicios en forma "exclusiva o principal" para otra; sin embargo, en el mundo de la subcontratación, hay muchas empresas que no caerían en esas hipótesis, es decir, son subcontratadas pero no realizan obras o servicios, ni en forma exclusiva ni en forma principal para otra.

De esta manera, a pesar de que hay pocas normas que se ocupan del tema, las que existen hoy vigentes, por lo menos en el caso de México, resultan obsoletas frente a una realidad mas compleja.

En adición a esto algunos estudios¹⁶ proponen por ejemplo que se restrinja la admisión a los programas de fomento solo a aquellas empresas que cumplan con ciertos estándares, en particular laborales y ambientales, o bien tener normas de conducta voluntarias entre los subcontratistas para el respeto de estándares, a semejanza como existen por ejemplo en Alemania como códigos de conducta. Se trata de propuestas que tendrían que analizarse, sin embargo habría que agregarles algún matiz jurídico para intentar, de una u otra manera, asegurar su cumplimiento.

Como puede advertirse, en los últimos años se ha venido dando una gran complejidad en las relaciones de producción, y uno de los retos del derecho del trabajo (incluyendo sus aspectos internacionales) es contar con fórmulas lo suficientemente abstractas y generales que permitan sugerir correctivos a las desviaciones que en los diversos casos particulares hemos advertido. Pero en este tipo de primeras aproximaciones a temas nuevos, si algo ha quedado claro ha sido precisamente que existe una gran diversidad de casos y situaciones que impiden

encontrar los puntos de convergencia, sin caer necesariamente en la casuística.

Es por ello que en atención a estas consideraciones, si lo que se busca explorar es la posibilidad de contar con conceptos unívocos, coincidentes y homogéneos que permitan a corto plazo proponer alguna norma jurídico-laboral que apoye la labor de erradicar o minimizar aquellas situaciones en donde la protección social no existe o ha disminuido, nos parece que el ejercicio mas adecuado que podríamos realizar, en este momento sería en dos fases: una primera, cuantificar, definir, tipificar y depurar un "catálogo" de situaciones no previstas en las leyes laborales (con especial atención en las situaciones de triangulación o de trabajo independiente), y una segunda, que es la que nos parece estaría por realizarse, en donde se trate de identificar los puntos en los que esas nuevas formas de actividad están coincidiendo. Nos parece que la gran coincidencia en todas estas modalidades de actividad, es que, o la legislación (derecho del trabajo y seguridad social) no se aplica o se aplica de manera parcial, que en muchos de estos casos existe una maquinación explícita y a veces probada de que se han hecho actos, incluso a veces jurídicos, para evadir total o parcialmente la aplicación de dicha normatividad, y que, finalmente, tal situación está implicando en lo económico costos inferiores que, en principio debieran haberse pagado a los trabajadores.

En ese sentido una norma, que con prescindencia de los casos concretos, señale y regule características que pudieran ser identificadas en mas de una modalidad específica de actividad, nos parecería mas viable en el corto plazo. En esa norma se podrían atacar por lo menos dos aspectos que están presentes en casi todos los casos estudiados en estas notas, y que son: por un lado, la simulación y los fraudes, que de manera consciente se realizan, para no aplicar la leyes (laborales y/o de seguridad social) y, por otra parte, los casos de sectores no abarcados por ahora en la legislación laboral, frente a lo cual los gobiernos podrían comprometerse a adoptar políticas que permitan dar acceso a un mínimo de protección social en esos casos.

16. Cf FRIEDRICH. *Op. cit.*, p. 101.