

CONCLUSIONES

Las nuevas relaciones de trabajo se caracterizan por la fragmentación de actividades que forman parte de un mismo ciclo productivo y por una coordinación entre las empresas involucradas. Como han señalado algunos expertos:

La consecuencia más importante de ello en el ámbito laboral es, sin lugar a dudas, que desaparece o se enturbia la coincidencia entre empleador y empresa, desdibujándose así la figura del empleador, por lo que resulta una ardua tarea la de intentar detectar cuál de las empresas intervinientes reviste la calidad de empleador formal.¹⁸¹

Como pudo advertirse al hablar de subcontratación, nos encontramos ante un fenómeno que tiene diversos ángulos y vertientes para su aproximación y análisis. En el caso de la Unión Europea, se puede manifestar no sólo a través de la subcontratación, sino también en la externalización o el traspaso de empresas.

La subcontratación ha generado visiones antagónicas; por un lado, se afirma que crea más empleos, reduce los costos de producción, incrementa los salarios y ayuda a las empresas a ser más competitivas y productivas.¹⁸² Se sostiene además que la subcontratación ha ganado terreno debido a su capacidad para reducir gastos y transferir una actividad —en la cual una empresa no es experta— a otra organización especializada. No obstante, la subcontratación también puede presentar desventajas para las empresas: el incumplimiento en los tiempos de entrega del producto subcontratado, la mala calidad de los productos (costos de cali-

¹⁸¹ Cfr: Ermida, O. y Colotuzzo, N., *op. cit.*, nota 140, p. 86.

¹⁸² “The Impact of Offshore IT Software and Services Outsourcing on the US Economy and the IT Industry”, www.globalinsight.com/ITAA

dad), alta rotación de trabajadores de la empresa subcontratada, costos de transportación de producto subcontratado, entre otros. Por otro lado, concretamente en el ámbito empresarial, la novedad de estas formas de organización empresarial permitió que amplios sectores de la economía encontraran en la subcontratación una manera de optimizar sus recursos, disminuir costos de producción, aumentar sus ganancias y competir de mejor manera en los mercados abiertos. Sin embargo, a esa primera ola de optimismo empresarial desbordado, pareciera que la fórmula empieza a mostrar sus fragilidades, ya que si bien en un primer momento destellaban sus diversas ventajas, con el paso del tiempo se empezó a ver que no relevaba del todo de responsabilidades legales a las empresas subcontratistas o utilizadoras de la subcontratación, incluso parecían opacarse y bajo ciertas circunstancias, podría traer denuncias y señalamientos severos de incumplimiento no sólo en materia laboral y de seguridad social, sino también en ámbitos tan delicados como el penal y el fiscal.

En el caso particular de las micro y pequeñas empresas, se pueden presentar dos supuestos. Por un lado, una ausencia de respeto a las normas laborales y de seguridad social. Por otro, un respeto limitado de dichas normas o sólo el respeto de las normas de seguridad social o de las normas laborales.

Desde la perspectiva de los trabajadores, la subcontratación es un mecanismo por medio del cual las empresas otorgan condiciones de trabajo diferenciadas. Es un esquema que puede permitir también mano de obra dócil sin presencia sindical, así como condiciones laborales en el límite de los mínimos legales. De hecho, actualmente está ampliamente documentada la aparición de trabajadores pobres, es decir, personas que a pesar de que trabajan están pobres, es decir, su ingreso y su renta se encuentran por debajo de los límites de pobreza.¹⁸³

¹⁸³ Klein, B. W. y Rones, P. L., "A Profile of the Working Poor", *Monthly Labor Review*, 1989, p. 3; Ponthieux, S., "Les travailleurs pauvres: identification d'une catégorie", *Travail, genre et sociétés*, 2004/1, p. 97; Damon, J., "Travailleurs pauvres: de quoi parle-t-on?", *Droit Social*, París, 2009, p. 292, y Saunders, R., *Defining Vulnerability in the Labour Market*, Documento núm. 1,

La pequeña y mediana empresas subcontratistas, sujetas a los vaivenes económicos o que pertenecen a una rama de actividad de alto riesgo económico, por lo general no ofrecen estabilidad a los trabajadores. Las prestaciones laborales en la pequeña y mediana empresa son menores y la rotación de los trabajadores es mayor. En las empresas pequeñas se puede presentar también un menor cumplimiento de las obligaciones legales, particularmente en materia de seguridad social.

Asimismo, la inestabilidad en el trabajo (en perjuicio de los trabajadores) o la permanente rotación de la mano de obra (en perjuicio de las empresas) es mayor en las empresas subcontratistas, debido a las permanentes fluctuaciones del mercado de trabajo.

En relación con la creación de empleos, si bien es cierto que la subcontratación permite crear nuevas empresas, y por ende nuevas fuentes de trabajo, también es cierto que la subcontratación cierra departamentos o áreas en las empresas principales, al subcontratar parte o la totalidad de su proceso productivo. Generando como efecto secundario, una disminución de las condiciones o prestaciones laborales, ya que normalmente las condiciones de trabajo en las empresas subcontratistas son inferiores a las que proporcionan las empresas principales. Quizás para una empresa principal la subcontratación puede implicar la disminución de costos de producción, pero a nivel social, como ya ha quedado señalado más arriba, implica la aparición o el incremento de los trabajadores pobres.

Las finanzas públicas igualmente pueden resultar afectadas; por ejemplo, en materia de seguridad social, las empresas contratistas pueden disminuir los costos relativos al riesgo de trabajo, al transferir el riesgo a otra empresa. Estas prácticas, además de ir en detrimento de los trabajadores, también pueden ir en detrimento de las instituciones de seguridad social, ya que una empresa

subcontratista puede clasificar sus actividades como “servicios administrativos”, lo cual le permite pagar una prima de riesgo por debajo de lo que correspondería si se toma en consideración el trabajo realmente realizado. A nivel fiscal, la creación de empresas para subcontratar servicios, también puede ser un esquema de evasión o elusión fiscal, tal y como ha quedado documentado en el caso de México con las cooperativas prestadoras de servicios.

Frente a este panorama se puede constatar cómo de manera lenta pero progresiva y creciente, el Estado en muchos países, particularmente europeos, han dando pasos hacia su encuadramiento jurídico del fenómeno de la subcontratación. El caso europeo nos puede permitir hablar de una tendencia hacia la adopción de un marco jurídico para la subcontratación. Esta situación permite contar con una rica experiencia en el derecho comparado que sin duda ayuda a profundizar el debate en torno a los cauces por los cuales debe de avanzar una regulación en el tema.

En México las posiciones no son homogéneas, ya que por un lado encontramos un sector de la sociedad y del sindicalismo que considera que las normas actuales contenidas en la Ley Federal del Trabajo, son suficientes para regular este tipo de fenómenos, y que el problema es más bien de eficacia y aplicación de la Ley. En ese sentido, no es necesario adoptar nuevas normas laborales. Por otro lado están quienes consideran que el marco jurídico laboral tiene carencias que impiden regular de manera adecuada este tipo de relaciones de producción, motivo por el cual se han presentado sendos proyectos de reforma laboral en el tema.

En los sindicatos, a fuerza de ver los efectos de la subcontratación sobre los trabajadores y sus organizaciones, el tema ha ido ganando terreno en sus debates y deliberaciones y poco a poco se empieza a advertir un intento por pasar de la fase de comprensión del fenómeno, hacia una etapa en donde haya propuestas de atención legal del mismo.

En el contexto mexicano, ya sea a través de reformas a la legislación en materia de seguridad social o de las diversas interpretaciones que ha elaborado el Poder Judicial, paulatinamente se

va delimitando la responsabilidad en materia laboral, así como en materia de seguridad social en las empresas que *utilizan* los servicios de subcontratación y en las empresas que *prestan* servicios de subcontratación.

La regulación de la subcontratación en México oscila entre una normatividad que no acaba de encuadrar adecuadamente el tema y la persistencia de prácticas empresariales que se traducen en una inadecuada aplicación de los derechos laborales. En ese sentido consideramos que la intervención legislativa puede darse en por lo menos cinco supuestos:

Primero. Establecer el principio de igualdad de trato en el trabajo, independientemente de que se trate de trabajadores subcontratados o no.

Segundo. Valorar la primacía de la realidad, la cual debe prevalecer independientemente de la forma del contrato de trabajo o de la formalidad en que sea revertida la relación jurídica. De esta manera se impediría simular una relación de trabajo a través de otras figuras jurídicas, como la subcontratación o las cooperativas.

Tercero. Al nacer la relación contractual entre las empresas, como ya se señalaba, la principal dificultad jurídica en este espacio radica en el hecho de que estamos en un terreno en que el sistema jurídico lo considera exclusivo de sujetos privados y que, en tal sentido, la lógica en la cual se mueven las obligaciones pactadas priorizan los acuerdos entre iguales. Siendo las normas heterónomas la excepción, sin embargo, existen varias vías por las cuales ese espacio de “privacidad” jurídica puede ser ventilado, en atención a los importantes intereses sociales que estarían en juego, por ejemplo mediante una mayor y amplia intervención de la inspección del trabajo, dotándola de facultades expresas para identificar casos de simulación. Así, la inspección del trabajo podría jugar un papel importante para verificar la simulación de falsos cooperativistas, falsos trabajadores independientes, o una subcontratación simulada.

Cuarto. Se requiere una redefinición de ciertos conceptos laborales, con los cuales hoy en día algunas prácticas nocivas de

subcontratación aprovechan la ambigüedad para evadir responsabilidades sociales. En esta línea se encontrarían conceptos como el de empresa. En efecto, el actual concepto de empresa, por lo menos en materia laboral, aparece limitado frente a los reclamos laborales. No así en el terreno fiscal y comercial, en donde los conceptos de empresa son más amplios e integrales, y con los cuales se permite identificar y evidenciar relaciones entre empresas que, aunque en lo formal pudieran ser personas jurídicas diferentes, en los hechos mantienen una serie de acuerdos y estrategias compartidos. Junto a este concepto habría que repensar el concepto subordinación, que si bien aparece expresamente en la ley mexicana, sus alcances y significado han sido señalados por una jurisprudencia que hoy en día muestra sus limitaciones. En dicho sentido es importante avanzar hacia el reforzamiento de la identificación de responsabilidades para aquella parte que ejerce de manera directa la subordinación. Se podría atribuir dichas responsabilidades laborales a quien ejerza de manera directa y objetiva la subordinación y así combatir a los falsos trabajadores independientes.

Si la noción de empresa debe ser reformulada, lo tendría que ser también la de empleador, de modo tal, que permita su adaptación a las nuevas formas de organización de la producción. Al respecto se debería reflexionar si se puede considerar, en ciertos casos y circunstancias, como empleador al beneficiario final del trabajo.

En ambos casos —el concepto de empresa y patrón por un lado, y el de subordinación y sus alcances por el otro— estamos en presencia de los pilares conceptuales fundamentales con los que se construyó buena parte del derecho del trabajo en el siglo XX, y que por razones casi naturales, existen resistencias e indisposiciones para discutirlos y renovarlos; sin embargo, las normas jurídicas actualmente vigentes aparecen, como en este caso, limitadas y en ocasiones arrinconadas frente a una realidad que las ha rebasado y que, más allá del interés teórico que esto plantea, se vienen traduciendo en más y variadas formas de evasión de la legislación social.

Quinto. Una reflexión alrededor, de las nociones tradiciones y clásicas del derecho del trabajo nos debería de llevar, además de la redefinición de éstas, a la creación de figuras que respondan a las características actuales de las nuevas relaciones de trabajo. Particularmente en el contexto mexicano se debería de dar cabida a las nociones de trabajadores parasubordinados o dependientes económicamente subordinados. Se trata de una categoría intermedia entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente, que ya ha sido regulado en otros continentes como el europeo, que en el caso de México, al encontrarse en una situación intermedia no cuentan con ningún tipo de protección laboral y social. Al respecto se debería considerar la posibilidad de que en cuanto nos encontremos frente a este tipo de trabajadores, reales no simulados para evadir la legislación laboral y en materia de seguridad social, se les permita acceder por lo menos a un seguro de enfermedades y maternidad, de riesgos de trabajo y a la posibilidad de ahorrar para que pueden adquirir un seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

Este último aspecto, habría de señalarse, es quizás el único que ha estado presente, en el contexto mexicano en las recientes reformas a la legislación de seguridad social. Dichas reformas permiten advertir la creciente preocupación del Estado sobre las nuevas formas de organización empresarial y su impacto en los trabajadores y en el cumplimiento de las obligaciones derivadas. No obstante, aparecen como esfuerzos aislados que sólo abordan de manera parcial el tema y que, además, muestran confusiones conceptuales que no ayudan para avanzar en un tratamiento jurídico coherente con la totalidad del sistema jurídico mexicano.

El fenómeno de la subcontratación en nuestro país requiere avanzar en el diseño de esquemas legales que regulen el tema, a partir de una claridad en la casuística, en donde se prioricen los casos en los cuales hay interés social, económico y político, para encuadrarlos jurídicamente, sin menospreciar los esfuerzos por depurar conceptualmente el tema. Además de que sería importante tratar de avanzar hacia un esquema de regulación integral y no de manera aislada, como se ha hecho hasta ahora. En tal

sentido, los diferentes espacios de una futura regulación deben de ser ubicados en el derecho laboral, fiscal, de seguridad social, administrativo, civil y eventualmente penal, sólo de esta manera se podrá avanzar de manera firme hacia la construcción y vigencia de un régimen jurídico que contemple con claridad los alcances de la subcontratación en México. De suerte que se establezca con claridad el nivel y el tipo de responsabilidades jurídicas y al mismo tiempo se les otorgue, tanto a las empresas como a los trabajadores, seguridad jurídica en la materia.