

Mesa 1, Blakez
Día 3.

“Outsourcing - Subcontratación”
Medidas para mejorar su regulación

Carlos Reynoso Castillo

reynosoyasociados@hotmail.com

Tel 5586-9863

Planteamiento

Importancia de la subcontratación, se trata de un fenómeno que hoy forma parte de la organización del trabajo, nacional e internacionalmente, Según el estudio que se vea unos hablan de 3.5 millones de personas en estos esquemas, en esa situación ahí el marco jurídico se ve rezagado y limitado, con conceptos no operativos y disfuncionales.

El Estado mexicano ha intentado regularlo de manera desarticulada, primero la parte fiscal, luego seguridad social, y luego laboral, con una clara ausencia de una clara estrategia de verificación de cumplimiento de las reglas, lo que ha dado lugar a un esquema legal, alejado de la realidad y de difícil aplicación, creando también un alejamiento entre la realidad y las reglas.

Pareciera que se diseñó un marco jurídico laboral para que no se pudiera cumplir.

Las estrategia a nivel mundial para atender el tema ha sido, su erradicación desde el terreno jurídico, lo cual ha sido un fracaso, y la otra opción ha sido dotar de marco jurídico claro, con reglas claras para los involucrados: empresas, trabajadores, Gobiernos.

Hay en el Congreso (de septiembre de 2018 a la fecha se han presentado), más de 10 iniciativas en el tema), algunas simplemente plantean la derogación del tema en la LFT, otras proponen ampliar las verificaciones que deben hacer la contratante, otras piden que la STPS tenga una mayor intervención en el tema, otras prohíben la subcontratación en el sector público.

En la LFT 2012 se incorporó un marco legal lleno de ambigüedades por ejemplo se habla de la subcontratación “deberá justificar su carácter especializado”, pero no se sabe de qué? o de quién? (art. 15A- b), o de difícil aplicación, por ejemplo la contratante será vigilante de la legalidad de su contraparte, y debe verificar al inicio del contrato que la contratista tenga los documentos y elementos para cumplir sus obligaciones y luego “cerciorarse permanentemente” si cumple con disposiciones de seguridad e higiene y medio ambiente (art. 15-C), aunque esto se puede hacer por unidades de verificación, hay inspecciones muy caras y especializadas.

Este esquema a veces se vio complementado con algunas normas de dudosa legalidad, por ejemplo en 2014 el Pleno de la JFCyA que emitió su opinión sobre el tipo de responsabilidad que se daría en estos casos.

Hay entonces necesidad de avanzar en la construcción de un marco jurídico articulado y coherente, y en particular en materia laboral debe tener dos ejes de construcción: los derechos humanos laborales de los trabajadores involucrados (incluye derechos laborales y de seguridad social, básicamente) y por otro lado reglas claras entre las empresas involucradas, todo con reglas efectivas de verificación de cumplimiento.

Con relación específicamente a la parte laboral de la subcontratación, hay una agenda de temas puntuales que exigen una clara definición por parte del legislador mexicano en cuanto a cómo abordarlos en la LFT y que ayudaría a construir una regulación más articulada y coherente, y que son los siguientes:

1. Tema básico la definición conceptual, hay una serie de fenómenos cercanos o lejanos al outsourcing-subcontratación, así como tipos de éste: insourcing, terciarización, intermediación, prestadora de servicios de personal, externalización, etc.Cuál de esas modalidades, queremos regular y por qué razones, hay que identificar claramente esto.

Creo que el foco debe estar en la subcontratación en términos más o menos definidos hoy en el actual art. 15 A LFT. donde hay un contratante que pide servicios a un contratista, y que ambos en el desarrollo del proceso productivo, llevan a cabo algún tipo de subordinación y supervisión de los trabajadores involucrados.

Creo que la subordinación sigue siendo una, lo que cambia es la manera como ésta se expresa de manera conjunta entre el contratista y el contratante frente a los trabajadores.

2. El tema de la herramienta o el medio jurídico más conveniente para tener un marco regulatorio. Aquí tenemos varias opciones: una NOM (tiene un procedimiento de elaboración y de control de cumplimiento), un capítulo en el título VI LFT (trabajo especial, es una opción que supondría una amplísima regulación, como trabajo especial), una ley especial (dudosa constitucionalidad, y no está en la lógica tradicional de la forma de legislar en materia aboral), o bien precisiones en los actuales art. 15A - 15D de la LFT. Nosotros somos de la idea de incluir un capítulo en la LFT pero en la parte general de la LFT.

3. En el centro de la regulación: debe haber una clara delimitación de responsabilidades entre las empresas involucradas, y éstas frente a los trabajadores.

La coincidencia de dos empresas frente a un trabajador, ha ido de la responsabilidad solidaria a la responsabilidad subsidiaria.Cuál de ellas garantiza mejor el cumplimiento de las obligaciones laborales, y que otro tipo de garantías podemos incorporar al marco legal para que se cumplan los

derechos de los trabajadores. Pueden ser garantías, cómo de cuanto, bajo que concepto, etc

4. Esta también el tema de la relación entre las empresas, si bien aquí es terreno del derecho privado, y ahí priva la voluntad entre las empresas; sin embargo, históricamente el Estado ha decidido “meterse” en los terrenos de los privados por causas de utilidad pública o razones de Estado, esta podría ser un caso en donde los términos y alcances de los acuerdos entre las empresas pueden ser objeto de alguna regulación de los compromisos entre las empresas, incluso como requisito de validez. De qué tipo por ejemplo: cláusulas particulares sobre la forma de garantizar la protección de los trabajadores, etc.
5. El tema del objeto de la subcontratación, que si se puede y que no se puede subcontratar. Se trata de un viejo debate, hay quienes consideran que cualquier cosa puede subcontratarse (visión liberal) o solo procesos complementarios al objeto principal de la empresa (visión restrictiva). Nosotros somos de la idea de adoptar un esquema híbrido, la regla es solo tareas complementarias y accesorias a los procesos objeto de la empresa, pero como excepción otros procesos si esto trae algún tipo de beneficios a todos el mundo.
6. Luego está el tema de la verificación del cumplimiento de las normas que se aprueben: hay básicamente dos formas: inspección del trabajo y vía judicial (Juntas y luego tribunales). Hoy no existe la inspección como estructura sólida, solo queda la vía judicial. Aquí se necesita un análisis de las funciones del Poder Ejecutivo Federal y Estatal y analizar las maneras en que podrían intervenir y en qué momento (Registro previo de empresas, etc), y solo excepcionalmente acudir a la vía judicial.
7. Esta el tema del encubrimiento de relaciones laborales, tema añejo que lo sujeta históricamente a la demostración de que existe una relación laboral La nueva LFT 2019 (art 5- XIV) no producirá efecto legal encubrir una relación laboral con actos simulados, cumplir con las obligaciones laborales. Los planteamientos de la OIT aquí ayudarían.
8. Esta el tema de la PTU, siempre se dijo que el outsourcing evadía esta prestación, habrá que resolverlo claramente en la Ley. Hay quienes proponen un pago fijo en lugar de la PTU, con un mínimo y máximo por este concepto, hay quienes señalan que debe pagarlo la contratista, y hay quienes consideramos que no haya que descartar ninguna solución, pero hay que aportarla en la ley, aunque en el fondo técnicamente falta construir un esquema de solidaridad en este tema de las empresas involucradas frente a los trabajadores involucrados.
9. Posible idea de verificación previa (y no post) de cumplimiento de la legalidad de la contratista, se han manejado varias opciones, por ejemplo que lo haga el contratante al inicio. Aquí hay varias opciones, hay que explorar la ,as conveniente.

10. Finalmente se necesita, como se decía, una visión de Estado que asume como premisa el respeto al marco jurídico del outsourcing, como herramienta de creación de empleo y de desarrollo económico, eliminación de los mecanismos de “defraudación social” (laboral, seg social, fiscal, etc). Esto supone revisar integralmente el tema y diseñar un modelo jurídicamente coherente tanto en materia laboral, seguridad social, fiscal, penal. En ese camino puede ayudar diseños como el de Chile, Uruguay y la Recomendación 198 OIT de 2006.

Ciudad de México, 25 de julio 2019