

EL NUEVO FRAUDE EMPRESARIAL: EL OUT SOURCING¹

OUTSOURCING: THE NEW EMPLOYER'S FRAUD

Néstor de Buen²

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es demostrar la utilización del out sourcing como forma de fraude al contrato de trabajo y de precarización de los derechos laborales. En primer lugar, son presentados el origen de la institución, sus aparentes aspectos positivos para el empleo en los países de menor desarrollo y las formas tradicionales de la intermediación. Después son demostrados los aspectos negativos del out sourcing para los países productores y su utilización como instrumento ilegal para eliminar responsabilidades laborales y disminuir la protección y los derechos laborales.

PALABRAS-CLAVE: Out sourcing. Fraude empresarial. Contrato de trabajo. Precarización.

ABSTRACT: This article aims to study how outsourcing has been used to defraud the employment relationship and to reduce labour rights. Firstly we present outsourcing's origin, its apparent advantages for jobs in emerging countries and traditional types of labour intermediation. After that we discuss outsourcing's disadvantages for developed countries and its illegal use to avoid labour liability and to reduce labour protection and rights.

KEYWORDS: Outsourcing. Employer's fraud. Employment relationship. Precarization.

Artigo recebido em 06 maio de 2016

1 Publicado originalmente em *El Outsourcing. Visión Iberoamericana*. México: Editorial Porrúa, 2011.

2 Nascido em Sevilha. Mexicano por naturalização. Professor Titular do 1º Curso de Direito Civil por Concurso de Méritos da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM). Professor Titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da UNAM. Professor Emérito da UNAM. Prêmio Nacional de Jurisprudência do Colégio de Advogados do México. Autor de diversas obras de Direito do Trabalho e de Direito da Seguridade Social. Falecido em 25.04.2016, aos 90 anos de idade.

1. EL ORIGEN DE LA INSTITUCIÓN

Con motivo de mis viajes a los Estados Unidos en mi condición de miembro de la Comisión mexicana que discutiría con los Estados Unidos y con Canadá un Acuerdo de Cooperación Laboral que se anexaría al Tratado de Libre Comercio, en su caso, tuve oportunidad de conocer el libro The work of nations de Robert B. Reich entonces Secretario del Trabajo en el Gobierno de Bill Clinton. (Vintage Books, A Division of Random House, Inc. New York, 1992) Me resultó profundamente interesante porque trataba un tema que en México podría resultar provechoso para la creación de empleo y la consecuente mejoría de nuestra economía. En esencia era ya el resultado de la experiencia de empresas importantes de los Estados Unidos, particularmente armadoras de automóviles que para facilitar el ahorro en el costo de una parte de los salarios, habían decidido adquirir fuera de los Estados Unidos, desde el diseño mismo y las partes principales de países de economía más reducida. La provisión externa – que eso sería el out sourcing en una traducción por la libre - traería como consecuencia fundamental la rebaja en el costo de los vehículos que sólo incorporarían la mano de obra necesaria para el armado final. Vale la pena reproducir una frase algo larga del libro: “Los editores de libros contrataban no solamente a los autores sino además impresores, diseñadores gráficos, artistas, especialistas en mercadotecnia, y otras facetas de la producción. Inclusive los fabricantes de automóviles recurrían a la provisión externa más y más de lo que producían. (En 1990, Chrysler Corporation producía directamente solamente alrededor del 30 por ciento del valor de sus automóviles. Ford, alrededor del 50 por ciento. General Motors compraba la mitad de su ingeniería y servicios de diseño de 800 diferentes compañías”, (p. 94).

Es evidente que el ahorro salarial sería considerable pese a los costos fiscales de la exportación y en lo fundamental, aumentaría considerablemente la venta interna y la exterior gracias a la reducción del precio final.

Desde cualquier punto de vista el out sourcing constituía una inteligente decisión empresarial que ahorraría salarios a los productores; distribuiría recursos en países de economía reducida y aumentaría las ventas internas y al exterior. Confieso que en mi actitud de representante de uno de los países interesados en esas soluciones, la fórmula me pareció excelente.

Curiosamente, en gran medida el Acuerdo de Libre Comercio (ACLAN en lo que sigue) fue armado bajo la presión de los Estados Unidos a la vista de esas posibilidades. La expectativa de que México, de manera importante y en menor medida Canadá, se convirtieran en proveedores gracias a sus bajos salarios y los contratos colectivos de trabajo conocidos como “de protección”, que se celebran en México con un sindicato corporativo, sin conocimiento de los trabajadores pero formalmente depositados en una junta de conciliación y arbitraje (JCA en lo que sigue) facilitarían la competencia con empresas extranjeras. El contrato colectivo de trabajo (en lo que sigue CCT) así celebrado, implanta las mínimas condiciones de trabajo en lugar de uno de verdad que mejore la situación de los trabajadores, conservando, como ordena la fracción XVIII del art. 123 constitucional “...el equilibrio entre los diversos factores de la producción, armonizando los derechos del trabajo con los del capital...” Es un decir, por supuesto.

Práctica constante en el mundo laboral mexicano, que evidentemente se refleja en la disminución sensible de las condiciones de trabajo, amenazando a los trabajadores con cláusulas de exclusión para el caso de rebeldía, las posibilidades de conseguir una producción barata, allí mismo en la frontera, provocó que en el ACLAN se tomaran medidas para tratar de evitar esas estrategias. Que por cierto han resultado ineficaces ya que las posibilidades de denuncia en contra de los países violadores de las normas del ACLAN tropiezan con obstáculos insuperables independientemente de que las sanciones previstas, siempre económicas, se resuelven en multas que disminuyen las aportaciones que debe hacer cada país para el sostenimiento de la estructura administrativa del ACLAN. Finalmente, no les cuesta dinero.

2. SUS ASPECTOS POSITIVOS PARA EL EMPLEO EN PAÍSES DE MENOR DESARROLLO

No cabe duda de que el out sourcing ha permitido incrementar el empleo en los países de menor desarrollo, en la misma proporción en que disminuye en los países en los que radican las grandes empresas fundamentalmente armadoras. Las diferencias salariales justifican el sistema que permite a las armadoras – por denominarlas de una manera congruente con el sistema – disminuir los precios de venta y lograr mayor competitividad con los productores de otros países que mantienen el sistema anterior. En la industria automotriz se producen ejemplos notables independientemente de que también se exporten empresas en su totalidad de tal manera que tanto la fabricación como el montaje se lleven a cabo en países de menor desarrollo.

En México hay ejemplos de sobra en la industria automotriz pero también en el Sistema bancario por poner dos ejemplos notables. Pero por supuesto que no son los únicos y en todo caso los beneficios derivados de la baratura de los servicios de los trabajadores mexicanos representa una utilidad considerable para los accionistas extranjeros. Eso explica, entre otras cosas, que una de las manifestaciones lamentables de la economía mexicana consista en la privatización de las actividades que el Estado mexicano ha asumido desde que entendió que sus funciones no eran sólo las de gobernar sino también hacer negocios aprovechando que contamos con una numerosa y necesitada población que gustosamente, cuando le alcanzan sus escasos ingresos, consume los productos naturales o fabricados en el país.

El caso de la industria petrolera es notable. En sus orígenes la integraban empresas extranjeras, norteamericanas, holandesas e inglesas hasta que el Presidente Lázaro Cárdenas, el 18 de marzo de 1938 ordenó la expropiación y nacionalización del petróleo. Situación semejante ocurrió con la Industria eléctrica que también pasó por un fenómeno de nacionalización apoyado en la constitución de empresas paraestatales mexicanas, hoy en grave crisis por la inconstitucional decisión del Gobierno panista de liquidar sin mayores fundamentos constitucionales a la Compañía de Luz y Fuerza del Centro, heredera directa de la Mexican Light and Power Company que por muchos años tuvo a su cargo la responsabilidad del manejo de la industria eléctrica hasta que no fue nacionalizada.

Hoy en día, la aspiración más o menos evidente del Gobierno panista, claramente de derechas, es que tanto el petróleo como la electricidad queden bajo el control de empresas extranjeras.

Volviendo al tema que nos ocupa, hay que destacar que la celebración del TLC provocó una expansión notable de las industrias ubicadas en la frontera con los Estados Unidos. El sistema que se seguía era exportar a México las partes de los productos para que fueran armadas en México y devueltas a los Estados Unidos, con mecanismos de importación y exportación que jugaban favorablemente a los empresarios en las cuestiones fiscales.

Hay que reconocer, sin embargo, que la práctica también tuvo sus aspectos negativos. No era difícil que una de esas empresas, cuando pasaba por una temporada negativa y el costo del trabajo mexicano le resultaba incómodo, hiciera desaparecer físicamente sus instalaciones en un noche adecuada para pasar la frontera, dejando a un grupo de mexicanos sin trabajo y sin posibilidades de exigir responsabilidades económicas, ya que la ubicación de las industria que huía a los Estados Unidos, hacía imposible la actuación de los tribunales de trabajo mexicanos.

Claro está que esos mecanismos, con aires de nocturnidad, contaban con la solidaridad interesada de los encargados de vigilar las exportaciones en las fronteras.

3. LAS FORMAS TRADICIONALES DE LA INTERMEDIACIÓN

La LFT de México regula con cuidado la situación de los intermediarios. En los arts. 13, 14 y 15 se describe su actividad y quedan a salvo sus responsabilidades solidarias con el beneficiario de los servicios cuando se trata de empresas establecidas que contratan trabajos para ejecutarlos con elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones que deriven de las relaciones de trabajo.

En el caso de que se contrate trabajadores por conducto de intermediarios, estos prestarán sus servicios en las mismas condiciones de trabajo y tendrán derechos iguales a los de las demás trabajadores.

Sin embargo, si la empresa intermediaria no tiene elementos propios suficientes, será solidariamente responsable de las obligaciones contraídas con los trabajadores y los que deriven de la intervención del intermediario, tendrán derecho a las mismas condiciones de trabajo que los demás. Esa responsabilidad solidaria no resulta muy efectiva la mayor parte de las veces.

Hay que reconocer, sin embargo, que la intermediación, fingiendo relaciones laborales reales entre el intermediario y los trabajadores que por su mediación se contraten, es una práctica frecuente en México. Por ejemplo, en la construcción, no es difícil que el patrón celebre con un maestro de obras, quien se ostenta como patrón, un contrato en el que el maestro aporta la mano de obra y se encarga de pagarles los salarios a los trabajadores que aporte y eventualmente las cuotas para el Seguro Social, claro está que recibiendo su importe y una diferencia interesante, del dueño de la obra. Inclusive se ha dado en la construcción la costumbre de colocar carteles en los que se invoca que los trabajadores pertenecen a un Sindicato, que por supuesto ni siquiera conocen de tal manera que no se hace evidente la relación laboral con el dueño de la obra. Y lo más probable es que ni siquiera exista el contrato colectivo de trabajo que se invoca en el cartel.

Con tales hábitos, se ha convertido en una práctica frecuente la aparición del out sourcing mexicano como un mecanismo para evitar responsabilidades laborales.

La fórmula es sencilla. Alguien, con imaginación y poca vergüenza constituye una empresa cuyo objeto social sea tan amplio que le permita llevar a cabo todo tipo de actividades de producción, comercio o servicios. Esa empresa, que normalmente se instala modestamente,

haciendo notable su insolvencia, inscribe a los trabajadores que se le presentan en el Seguro Social y asume las responsabilidades fiscales que puedan derivar de la relación de trabajo. Al mismo tiempo celebra con un sindicato a modo un CCT que reproduce las mínimas condiciones de trabajo establecidas en la ley.

Por supuesto que esa empresa no realiza trabajo alguno de producción, comercio o servicios. Sus objetivos son otros. Consisten en ofrecer a determinados patrones el alquiler de trabajadores que ostenta como propios, quedando a cargo del patrón el pago de una cantidad mensual que cubre los salarios y una diferencia sustancial que queda en favor del arrendador.

Los más avanzados y audaces de esos arrendadores suelen ofrecer fianzas para garantizar cualquier efecto económico que pueda resultarle al patrón – que no se ostenta como tal – de un despido, accidente de trabajo o de cualquiera otra responsabilidad de las que provienen del trabajo subordinado.

El contratista arrendador promete y cumple la sustitución de cualquier trabajador cuyos servicios no le sean cómodos al arrendatario, y se compromete a comparecer en cualquier juicio en que sea demandado el arrendatario invocando que el patrón es él. De la misma manera evita las consecuencias de las visitas de inspectores de trabajo, de la Seguridad Social o de las autoridades fiscales haciéndose cargo de las responsabilidades consiguientes.

Claro está que frente a ellas demuestra una insolvencia manifiesta que por la vía de la falta de recursos resuelve los conflictos que deriven de los trabajadores que, supuestamente, se presentan como propios.

Es notable la difusión que esta práctica ha tenido en México. Los empresarios recurren a ese sistema porque consideran que realmente los releva de responsabilidades. Y los proveedores de mano de obra se enriquecen aunque sus instalaciones no permitan presumirlo.

Por todo ello es más que evidente que el ejemplo norteamericano del out sourcing ha tenido un efecto absolutamente negativo en nuestro mundo laboral. Ha sido muy cómodo para las empresas acudir a las sociedades arrendadoras de servicios que, por cierto, no son tan eficaces como se pretende.

4. LOS ASPECTOS NEGATIVOS PARA LOS PAÍSES PRODUCTORES

Es evidente que el problema de la competencia internacional constituye una cuestión que los países productores no pueden dejar de tener en cuenta. Porque si bien es cierto que aprovechan la producción barata de las partes, al mismo tiempo invitan a la competencia que

puede ser local o de otro país productor. México es ejemplo de que en la Industria automotriz la competencia entre el Japón y los Estados Unidos es notable, sin olvidar las marcas europeas, particularmente italianas. Los Estados Unidos ya no tienen el monopolio del capital y hoy en día hay economías mundiales que generan competencias incómodas, desde luego la Unión Europea y el Japón y ahora, de manera inesperada, la República Popular China.

Y es que el out sourcing, que manejado a nivel nacional está funcionando con cierta eficacia, hoy en día, en los términos de la economía mundial está al alcance de cualquier país que quiera trabajar con mano de obra barata. En ese sentido, ya no es un elemento de competencia de valor universal.

Por otra parte el problema del desempleo ya no es privativo de los países subdesarrollados. En Europa y en los Estados Unidos las estadísticas del desempleo asumen una importancia especial particularmente en la política. La reciente derrota del Partido Demócrata en los Estados Unidos no es más que el reflejo de que los esfuerzos del gobierno del presidente Barak Obama para mejorar los niveles de empleo, han fracasado. En Europa, en general, el tema también es preocupante. Desde la crisis de Grecia, la política en contra de los gitanos que ha desarrollado en Francia el Presidente Sarkozy y en España la debilidad del Partido en el poder, el PSOE, al menos en las estadísticas preelectorales, a consecuencia de la falta de empleo y la presencia de una juventud que difícilmente encuentra un quehacer inmediato a la terminación de sus estudios o, simplemente, al llegar a la edad necesaria para trabajar sin poder conseguir el empleo, son notables.

En esa virtud hoy resulta poco probable que los países dominantes en la economía faciliten la salida de capitales para crear empleo en el exterior. Quien lea la prensa mexicana se encontrará todos los días con las lamentaciones por la falta de inversión extranjera acompañadas de las quejas por la evidente exportación de capitales. El notable incremento de la delincuencia, particularmente de la dedicada a la producción y distribución de drogas en alguna medida es el resultado de la falta de esperanzas de la juventud mexicana en conseguir una actividad remunerada lícita. En México se ha desarrollado por lo mismo una economía informal que no contribuye fiscalmente, ni aporta al Seguro Social y es un poco una de las causas por las que la Seguridad Social mexicana está en crisis, independientemente de las políticas equivocadas que condujeron a la imitación del modelo chileno de la Dictadura de Pinochet, con la creación de las Administradoras de Fondos de Retiro (AFORES), en rigor, un sistema de capitalización de las cuotas de la Seguridad Social en beneficio del Estado.

5. EL OUT SOURCING COMO INSTRUMENTO ILEGAL PARA ELIMINAR RESPONSABILIDADES LABORALES

Es más que evidente que el out sourcing juega con las formas pero no con el contenido. Si se atiende a la definición legal de relación de trabajo (en México, art. 20 LFT conforme al cual “Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a otra persona, mediante el pago de un salario), resulta más que evidente que el arrendador de la mano de obra no recibe los servicios de los trabajadores y que estos laboran, en relación directa con un empresario, que tiene la facultad de mando contra su deber de obediencia. El art. 21 de la misma LFT es, inclusive, más enfático: “Se presumen la existencia del contrato y de la relación de trabajo entre el que presta un trabajo personal y el que lo recibe”.

En la reforma a la LFT que se llevó a cabo en México en el año de 1970, una de las novedades más notables fue la afirmación de la naturaleza laboral de relaciones que habían sido consideradas, obviamente de manera formal, como producto de contratos civiles o mercantiles. Era el caso de supuestos servicios profesionales, incluyendo a los artistas, músicos y deportistas; de los toreros, de los profesionales al servicio permanente de las empresas, de los buques, tripulaciones aeronáuticas, tripulantes de ferrocarriles, agentes de comercio, autotransportistas, trabajadores de maniobras en zonas bajo jurisdicción federal, trabajadores del campo, trabajadores a domicilio y otros que hoy integran un capítulo especial de la LFT que no deja lugar a dudas sobre la naturaleza laboral de sus relaciones

Es curioso advertir que, no obstante ello, aún se presenta en la práctica la costumbre de algunos empresarios de celebrar con sus trabajadores todo tipo de contratos civiles o mercantiles. El afán de disimular las relaciones laborales puede más que la razón.

En el out sourcing obviamente se pretende esconder la verdadera relación laboral entre el empresario-arrendatario y el trabajador, objeto del arrendamiento, olvidando por supuesto lo previsto en el art. 2398 del Código civil en vigor en el Distrito Federal en el sentido de que “Hay arrendamiento cuando las dos partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto”. Lo que significa que en el out sourcing se confunde a las personas con objetos.

Es curioso que en el Proyecto de reforma a la LFT preparado por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social se considere la reglamentación del out sourcing. Claro está que es curioso pero no sorprendente.

Corresponderá a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando conozca de algún asunto de esa índole, declarar su ilegalidad y reconocer que no puede disimular las verdaderas relaciones laborales.

6. LOS PROTAGONISTAS DEL FRAUDE

Evidentemente que buscando a los culpables de esta práctica, que por cierto no es solo mexicana, como se podrá ver en esta misma obra colectiva, no cabe la menor duda de que se integran con empresarios sin escrúpulos, abogados asesores de esos empresarios sin sentido de responsabilidad aunque sí de oportunidad, autoridades que no reaccionan adecuadamente, como pueden ser las JCA, el IMSS y las fiscales, sin faltar por supuesto, por su papel preponderante, los sindicatos corporativos y su invento maléfico de los CCT de protección.

La solución tendrá que venir de arriba, como dijimos en un párrafo anterior o, inclusive, aunque esa posibilidad es remota, de un agregado a la LFT que al tratar el tema de los intermediarios, haga referencia expresa y negativa a la fórmula del out sourcing. Claro está que de todas maneras la cirugía fundamental debe ser procesal y tal vez las JCA no tengan en México el ánimo suficiente ya que su absoluta dependencia de los poderes ejecutivos y la alianza evidente de esos poderes con los grupos empresariales, hará difícil la resolución que tire a la basura ese instrumento de explotación y de corrupción sindical.