

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SUBCONTRATACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO

I. UNA DISCUSIÓN LLENA DE RESISTENCIAS

El derecho internacional del trabajo pareciera poco a poco ir asomándose al tema de subcontratación. No sin dificultades de diverso orden, ya que un amplio grupo de países se han venido oponiendo a una regulación internacional del tema en atención al impacto que tendría en sus economías establecer un marco jurídico más estricto; todo ello aunado a las dificultades técnicas que en los últimos años, se han presentado para avanzar hacia la construcción de un concepto de *outsourcing* que permitiera adoptar una normatividad supranacional.¹⁹

La discusión alrededor de la subcontratación, en la OIT se ha abordado a partir de la necesidad de definir con claridad la noción de relación de trabajo. Dicha noción se consideró diáfana, aunque en el fondo se sabía que no había mucha claridad conceptual de por medio. Ya en su momento, el ilustre jurista Mario de la Cueva, señalaba que la subordinación, base de la relación de trabajo, no sólo debía considerarse jurídica, también debería discutirse la subordinación económica como fuente de derechos y de obligaciones.²⁰

Por lo que no es extraño que la OIT encontrara necesario definir la noción de relación de trabajo. Bajo esta tesis, la Confe-

¹⁹ OIT, Informe V, “El ámbito de la relación de trabajo”, Conferencia Internacional del trabajo, 91a. Reunión, Ginebra, 2003.

²⁰ Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 10a. ed., México, Porrúa, 1967.

rencia Internacional del Trabajo en 1997, 1998 y 2003 ya había contemplado en su orden del día la noción de relación de trabajo. Mismo tema que fue abordado en una reunión del Comité de Expertos en el año 2000.

De hecho, debe destacarse la discusión que se empezó a dar desde 1998, en donde los delegados que acudieron a la Conferencia Internacional del Trabajo no pudieron ponerse de acuerdo sobre la adopción de un convenio y una recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación, tema que figuraba en su orden del día en virtud de una decisión del Consejo de Administración tomada en abril de 1995. Tal y como lo señala Arturo S. Bronstein:

Conforme al Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo, se había llevado a cabo una primera discusión, en 1997, en el curso de la cual ya se habían puesto de manifiesto las dificultades conceptuales que enfrentaba este tema. No obstante ello, la Conferencia en 1997 había adoptado conclusiones con miras a la adopción de un convenio completado por una recomendación, que se sometieron a segunda discusión en 1998. Consciente de los problemas que enfrentaba este tema, la Oficina Internacional del Trabajo había, excepcionalmente, propuesto un proyecto alternativo. Sin embargo, esto no fue suficiente para que la Conferencia pudiera llegar a un acuerdo susceptible de permitir que se adoptasen el convenio y la recomendación sobre trabajo en régimen de subcontratación.²¹

Desde la posición de los trabajadores era esencial limitar la posibilidad de recurrir a la subcontratación de trabajo, mientras que para los empleadores, lo esencial era conservar la libertad de acudir a la subcontratación. Estas visiones extremas hicieron imposible adoptar una norma internacional sobre el trabajo en régimen de subcontratación. Además, le fue imposible elaborar

²¹ Bronstein, Arturo, *La subcontratación laboral*. <http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/pdf/cat/docs/2943-13/639.pdf>. Consultado el 1o. de octubre de 2010.

una definición clara sobre el tipo de subcontratación al que quería referirse.²²

Ante la imposibilidad de adoptar un convenio internacional relativo a la noción, alcances e implicaciones de la relación de trabajo, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el 15 de junio de 2006 la Recomendación número 198 sobre la relación de trabajo. Dicha Recomendación contempló más de 30 monografías y más de 70 estudios nacionales sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo.

II. EL CONTENIDO DE LA RECOMENDACIÓN 198

La falta de claridad de los derechos y obligaciones de los trabajadores y los empleadores, la simulación de una relación de trabajo a través de otras figuras jurídicas, como la prestación de servicios profesionales, y ante las deficiencias que caracterizan a ciertas legislaciones nacionales en relación con la interpretación y aplicación de la noción de relación de trabajo, son algunos elementos que motivaron la adopción de una recomendación en la materia. Sobre todo cuando la simulación o la falta de claridad de la relación de trabajo tienen como resultado privar a los trabajadores de sus derechos. La Recomendación 198 comprende los siguientes tres aspectos:²³

1. Establecer una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.
2. Determinar la existencia de una relación de trabajo.
3. Establecer los mecanismos de seguimiento y aplicación de la Recomendación 198.

²² *Idem.*

²³ OIT, *La relación de trabajo: una guía anotada a la recomendación núm. 198*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2008.

La Recomendación señala que ésta no supone una revisión de la Recomendación sobre las Agencias de Empleo Privadas, 1997 (núm. 188), ni una revisión del Convenio sobre las Agencias de Empleo Privadas, 1997 (núm. 181).

1. *Establecer una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo*

La política nacional en materia de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, según establece la Recomendación 198, debería partir de las siguientes características:

1. Los Estados deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados así como clarificar y adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.
2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales. Además, la legislación o práctica, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.
3. La política nacional debería formularse en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.
4. Incluir, por lo menos, medidas tendentes a:
 - a) proporcionar a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

- b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas. Existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;
 - c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;
 - d) asegurar que las normas estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que establecen;
 - e) proporcionar a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;
 - f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y
 - g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.
5. Los miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los miembros deberían velar por que se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de las normas nacionales, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.
7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:
 - a) al formular una política nacional, todo miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y
 - b) cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.
8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales.

2. *Determinación de la existencia de una relación de trabajo*

1. La existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.
2. En tal sentido, los miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo. Por lo que se debería admitir la posibilidad de:
 - a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
 - b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y
 - c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
3. Los miembros podrían considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia. Para lo cual deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Por ejemplo:
 - a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario de-

terminado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

- b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.
4. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.
 5. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la Recomendación 198, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.
 6. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento, prestando especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

7. En el marco de la política nacional, los miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.
8. En el marco de la política nacional, los miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

Existen varios elementos que pueden aclarar la existencia o no de una relación de trabajo. La mayoría se encuentran alrededor de los siguientes elementos: quién detenta el control del trabajo, el grado de integración del trabajador a la empresa, el grado de dependencia así como el riesgo financiero que se asume.²⁴

- Si existe cierto grado de subordinación o dependencia.
- Si existe un control del trabajo y se dan instrucciones.
- Si existe cierta integración del trabajador en la organización de la empresa.
- Si el trabajo se efectúa única o principalmente en beneficio de otra persona.
- Si el trabajo es ejecutado personalmente por el trabajador.
- Si el trabajo es ejecutado dentro de un horario determinado o en un lugar acordado.
- Si el trabajo es de cierta duración o continuidad.
- Si el trabajo requiere la disponibilidad del trabajador.
- Si el suministro de herramientas y materiales es por parte de la persona que requiere el trabajo.
- Si el individuo recibe pagos periódicos y regulares del usuario.
- Si la remuneración es la única o principal fuente de ingresos del trabajador.

²⁴ *Ibidem*, p. 41.

- Si parte de la remuneración se realiza en especie.
- Si a la persona se le reconocen ciertos derechos laborales como el descanso semanal y las vacaciones anuales.
- Si la persona que solicita el trabajo paga los viajes del trabajador.
- Si hay una ausencia de riesgos financieros por parte del trabajador

III. SEGUIMIENTO Y APLICACIÓN

En materia de seguimiento de la Recomendación, se establece que los miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, así como ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional.

Por su parte, las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, las organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria —y cuando sea posible y útil— sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

Asimismo, los miembros deberían recopilar información y datos estadísticos, así como realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

Como puede advertirse, la Recomendación 198 ofrece un amplio catálogo de ideas a partir de las cuales se puede diseñar una verdadera política laboral en materia de protección de los trabajadores en casos en donde hay duda de quién debe asumir las responsabilidades previstas en la legislación laboral. De cualquier manera, queda el sentimiento de que en el ámbito de la Conferencia internacional de la OIT, en su momento, no se tuvo la fuerza

necesaria para que una norma internacional como ésta pudiera haber tomado la forma de un convenio internacional, y así poder presionar, con su carácter vinculatorio, hacia una legislación que protegiera a los trabajadores ante la existencia de relaciones triangulares. De todos modos no se debe soslayar la importancia y el valor de una Recomendación por las orientaciones que sugiere a la comunidad internacional. Asimismo debemos recordar que el artículo 19 de la Constitución de la OIT señala una serie de obligaciones que los países miembros deben respetar en materia de recomendaciones; entre las que se encuentran, someterlas a las autoridades competentes y tomen medidas para su implementación, así como la obligación de informar a la misma OIT sobre la forma en que han tratado de incorporarla a su derecho interno.²⁵ En este sentido, hay que estar atentos a la manera como el gobierno mexicano está cumpliendo estas obligaciones internacionales.

Como ha sido señalado:

Esta norma reafirma la protección del trabajador como objetivo central de la política laboral y proclama la procedencia de una serie de instrumentos técnico-jurídicos tradicionales para destacar la existencia de relaciones de trabajo encubiertas, tales como la primacía de la realidad, la indiferencia de la calificación jurídica que la partes hacen de la relación que las vincula, la enumeración de indicios sobre la existencia de una relación de trabajo...²⁶

En el caso de México, si bien la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha venido asumiendo como criterio la importancia del nivel supralegal y subconstitucional de los tratados, no lo es así respecto de normas internacionales como las recomendaciones de la OIT, ya que éstas no tienen la fuerza vinculante que sí tienen los

²⁵ Cfr. Barroso Figueroa, J., *Derecho internacional del trabajo*, México, Porrúa, 1987, pp. 182 y ss. Valticos, Nicolás, *Droit du travail*, 2a. ed., París, Dalloz, 1983, p. 584.

²⁶ Ermida Uriarte, O., "La política laboral de los gobiernos progresistas", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 211, septiembre-octubre de 2007, p. 56. www.nuso.org

convenios internacionales. Hay que recordar que una vez aprobada una recomendación, los países miembros sólo tienen la obligación de someterla a las autoridades competentes y más tarde informar a la OIT sobre la situación de la legislación sobre el tema que se trate; sin embargo, eso no impide, desde nuestro punto de vista, que el gobierno mexicano, tenga en su momento que asumir una posición y opinión sobre los planteamientos que en materia de subcontratación sugiere la Recomendación 198.

Al lado de la adopción de la Recomendación 198 en junio de 2006, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó una resolución sobre la relación de trabajo para apoyar a la Oficina Internacional del trabajo en el seguimiento que debe llevar de la Recomendación. Además, la propia Recomendación enfatiza en los párrafos 19, 20, 21 y 22, que los miembros de la OIT creen y mantengan mecanismos de seguimiento y aplicación. Por su parte, el Consejo de Administración de la OIT, en su sesión de noviembre de 2006, dio instrucciones al director general para que ejecutara la resolución.²⁷ Ésta invita al Consejo de Administración de la OIT a dar instrucciones al director general para que:

1. Preste asistencia a los mandantes en lo que atañe a los mecanismos de aplicación y seguimiento de la política nacional a la que se refiere la Recomendación sobre la relación de trabajo.
2. Mantenga información actualizada y emprenda estudios comparativos sobre la evolución de los modelos y las estructuras laborales en el mundo con el fin de:
 - a) mejorar la calidad de la información y la comprensión en lo que atañe a la relación de trabajo y otras cuestiones conexas;
 - b) prestar asistencia a los mandantes para que entiendan y evalúen mejor los fenómenos, así como para que adopten

²⁷ Documento 297/3 del Consejo de Administración, noviembre de 2006.

- medidas apropiadas a efectos de la protección de los trabajadores, y
- c) promover buenas prácticas en los planos nacional e internacional en relación con la determinación y la utilización de la relación de trabajo.
3. Lleve a cabo encuestas sobre los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la OIT, a fin de precisar los criterios utilizados en el plano nacional para determinar la existencia de una relación de trabajo, y poner los resultados a disposición de los Estados miembros para, de ser necesario, ayudarles a definir su propio enfoque nacional para tratar esta cuestión.

Si bien es cierto que el contenido de la Recomendación 198 relativo a la relación de trabajo constituye una guía para el respeto de los derechos y obligaciones tanto de los trabajadores como de los empleadores, su naturaleza de recomendación le otorga un alcance limitado. En este sentido, su influencia también es limitada; además, el tiempo que ha transcurrido es muy breve para poder realizar conclusiones alrededor de la misma. Por lo que si se quiere analizar cómo se ha desarrollado el fenómeno de la subcontratación en el ámbito jurídico, resulta indispensable voltear a ver otros instrumentos internacionales de naturaleza regional, como es el caso de la Unión Europea (*infra*, capítulo tercero) así como la legislación desarrollada en otras regiones, como América latina (*infra*, capítulo cuarto) y particularmente explorar cómo ha respondido el derecho mexicano ante el fenómeno de la subcontratación (*infra*, capítulo quinto).