

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y LA SIMULACIÓN DEL
CONTRATO DE OBRA CIVIL**

DIANA SOFÍA ESTRADA BERGANZA

GUATEMALA, AGOSTO 2012

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y LA SIMULACIÓN DEL
CONTRATO DE OBRA CIVIL
TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

DIANA SOFÍA ESTRADA BERGANZA

Previo a conferirle el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXÁMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. César Augusto Conde Rada
Secretaria: Licda. María del Carmen Mansilla Girón
Vocal: Lic. Armando Dagoberto Palacios Urizar

Segunda Fase:

Presidente: Licda. María del Carmen Mansilla Girón
Secretario: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña
Vocal: Licda. Rosalba Corsantéz Zuñiga

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público).

Lic. José Rubén Carrillo Carrera
Abogado y Notario
Colegiado 8730



Guatemala, 27 de marzo de 2012

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Estimado Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy:



Hora: _____
Firma: _____

De conformidad con el oficio emitido el día doce de enero del año dos mil doce por la Unidad de Asesoría de Tesis, me permito informarle que asesoré el trabajo de tesis de la bachiller Diana Sofía Estrada Berganza, intitulado: "ANÁLISIS DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA CIVIL". Me es grato hacer de su conocimiento que:

1. La tesis abarca un amplio contenido técnico y científico relacionado con la Subcontratación Laboral y la Simulación del Contrato de Obra Civil, existente en el país.
2. Los métodos utilizados fueron los siguientes: analítico, que dio a conocer la Subcontratación Laboral y la Simulación del Contrato de Obra Civil; el sintético, estableció la importancia de esta problemática; el inductivo, mostró sus características; y el deductivo, señaló su necesidad de ser regulado.
3. Para desarrollar la tesis fueron utilizadas las técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.
4. La redacción utilizada es la adecuada y el tema es abordado de una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina.
5. La tesis contribuye científicamente a la sociedad guatemalteca y señala lo esencial de analizar la Subcontratación Laboral y la Simulación del Contrato de Obra Civil.
6. Las conclusiones y las recomendaciones se relacionan entre sí y con los capítulos de la tesis. Al trabajo de tesis se le hicieron algunas enmiendas, las cuales fueron



Lic. José Rubén Carrillo Carrera
Abogado y Notario
Colegiado 8730

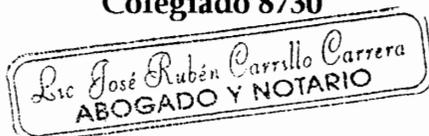
atendidas por el sustentante. La autora aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios.

7. Los objetivos formulados establecieron claramente, que es necesario que se reforme el Artículo 81 del Código de Trabajo, en el sentido de establecer no solo la solidaridad entre empleadores y empresas o personas que gestionan la tercerización de servicios laborales; sino además, prohibir el contrato de obra en tales relaciones, debido a la violación a derechos laborales individuales, que constituye la simulación en la prestación de servicios de un trabajador, aparentando una relación de una naturaleza distinta a la laboral.
8. La bibliografía empleada es la adecuada y se ajusta perfectamente al análisis del tema investigado.

Es por lo antes mencionado, que considero que el trabajo de tesis llena los requisitos necesarios que establece el Artículo 32 para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para continuar con la tramitación correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Deferentemente.

Lic. José Rubén Carrillo Carrera
Asesor de Tesis
Colegiado 8730





FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dos de julio de dos mil doce.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **TERESA DE JESÚS VÁSQUEZ VILLATORO**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **DIANA SOFÍA ESTRADA BERGANZA**, CARNÉ NO.200311625, intitulado **“ANÁLISIS DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA CIVIL”**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.



DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iycr



Licda. Teresa de Jesús Vásquez Villatoro de González
Abogada y Notaria
2ª. Avenida 4-29 zona 5, colonia Santa Marta, Guatemala, Guatemala
Teléfono: 24267214



Ciudad de Guatemala, 16 de julio del 2012.

Doctor: Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su Despacho.



Respetable Licenciado.

De manera atenta me dirijo a usted para comunicarle que he cumplido con la función de Revisora de Tesis de la estudiante, **DIANA SOFÍA ESTRADA BERGANZA**, que me fue asignado según providencia de fecha diecisiete de abril de dos mil doce, intitulado: **“ANÁLISIS DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA CIVIL”** el cual a mi criterio cumple con todos los requisitos y formalidades que establece el normativo de esta Facultad, para el efecto procedo a emitir el dictamen siguiente.

- I. Considero que el tema investigado por la bachiller **DIANA SOFÍA ESTRADA BERGANZA**, es de suma importancia respecto a su contenido científico y técnico, por lo que puede llegarse a la conclusión de que el mismo, no sólo reúne los requisitos exigidos por la reglamentación correspondiente, sino además, presenta una temática de especial importancia, en el sentido que logro establecer que efectivamente, en el Artículo 81 del Código de Trabajo no se establece la posible simulación de contrato de obra civil, cuando en realidad existe una subcontratación laboral.
- II. La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de la metodología concerniente a los métodos analítico, sintético, inductivo, deductivo y científico, en lo concerniente a las técnicas de investigación la sustentante aplicó la técnica de observación, la recolección de información, la búsqueda de bibliografía sobre el tema, la clasificación de la misma y otras, comprobándose con ello que se hizo uso adecuado de la recolección de bibliografía actualizada.
- III. De tal manera que la redacción utilizada reúne las condiciones exigidas en cuanto a claridad y precisión; la sustentante brinda un valioso aporte jurídico enfocándolo desde el punto de vista doctrinario y legal determinando que es necesario que se adicione al Artículo 81 del Código de Trabajo, en el sentido de establecer no solo la solidaridad entre empleadores y empresas, o personas que gestionan la tercerización de servicios laborales; sino además, prohibir el

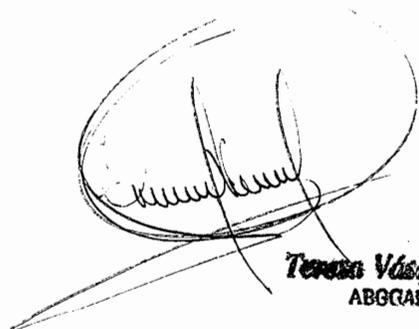
Licda. Teresa de Jesús Vásquez Villatoro de González
Abogada y Notaria
2ª. Avenida 4-29 zona 5, colonia Santa Marta, Guatemala, Guatemala
Teléfono: 24267214



contrato de obra en tales relaciones, debido a la violación de derechos laborales individuales, que constituye la simulación en la prestación de servicios de un trabajador, aparentando una relación de una naturaleza distinta a la laboral, siendo con ello interesante la contribución científica que la sustentante realiza en la tesis de mérito.

- IV. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para establecer en fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado, haciendo aportaciones valiosas y propuestas concretas para su realización.
- V. La bibliografía empleada por la sustentante, fue la adecuada al tema investigado.
- VI. En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación he estado apegada a las pretensiones de la postulante, cumpliendo en definitiva con los requisitos de forma y fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, derivado de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación realizada por la bachiller **DIANA SOFÍA ESTRADA BERGANZA**, en virtud de haber cumplido fehacientemente con el requerimiento científico y técnico, aplicación correcta de la metodología y técnicas de investigación, redacción, pertinencia de su contribución científica, puntualización de la bibliografía atinente al tema investigado.

Sin más que agradecer la consideración a mi persona, al encomendarme tan honroso trabajo de Revisora, aprovecho la oportunidad para suscribirme como su atenta servidora.



Teresa Vásquez de González
ABOGADA Y NOTARIA

Lic. Teresa de Jesús Vásquez Villatoro de González.
Revisora
Colegiada No. 4,630



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de julio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante DIANA SOFÍA ESTRADA BERGANZA, titulado ANÁLISIS DE LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y LA SIMULACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA CIVIL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

BAMO/iyc



Rosario





DEDICATORIA

- A DIOS** Te adoro con todo mi corazón y te doy gracias por los regalos que me has dado, especialmente por el sacramento de tu cuerpo, sangre, alma y divinidad, por haberme dado como abogada a tu santísima madre, la Virgen María, por llenarme de paz y haberme iluminado con tu sabiduría, para lograr alcanzar esta meta deseada; te amo Señor mío.
- A MIS PADRES** Abraham Federico Estrada Mancio y Sofía Berganza Estrada de Estrada, les agradezco porque siempre me han enseñado un camino correcto, por infundarme sus valores, una educación, y por darme cariño, amor y amistad, por estar siempre a mi lado, son las personas más importantes en mi vida, papitos: este logro es suyo también, los amo profundamente, me siento afortunada y feliz por tenerlos.
- A MIS HERMANOS** Sergio Javier (QEPD), Marco Polo, Silvia Lorena y Sergio Federico Estrada Berganza, por estar siempre a mi lado, por su apoyo incondicional, los amo hermanos míos.
- A MIS CUÑADOS** Elmer, Johana y Jeimy, mis agradecimientos por su cariño.
- A MIS SOBRINOS** Nathali, Sebastián y Cristhian, los amo mis amorcitos.
- A MI NOVIO** Mynor Josué Chin Lima, por su compañía, paciencia y tanto amor recibido.
- A MIS AMIGOS** A todos aquellos que estuvieron conmigo en alguna etapa de mi carrera, por su apoyo y compañerismo.
- A MI FAMILIA** Por estar siempre en los momentos más importantes de mi vida.



A MIS CATEDRÁTICOS

Por sus enseñanzas, formación y consejos.

A:

**La Universidad de San Carlos de Guatemala,
especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Sociales por su formación académica.**



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Aspectos fundamentales de la relación laboral.....	1
1.1 Relación laboral.....	1
1.2 Fundamentos de la relación laboral.....	2
1.2.1 Antecedentes de la relación laboral.....	3
1.3 Regulación legal.....	4
1.4 Contractualismo o contrato social.....	5
1.4.1 Contractualismo contemporáneo.....	8
1.4.2 El contrato social.....	9
1.5 Tesis anticontractualistas de la relación laboral.....	11
1.6 Terminación de la relación laboral según el Código de Trabajo... ..	14
CAPÍTULO II	
2. Contratación laboral.....	15
2.1 Contrato.....	15
2.1.1 Antecedentes históricos.....	16
2.2 Elementos del contrato.....	20
2.2.1 Manifestación del consentimiento.....	20
2.2.2 La formación del consentimiento entre presentes.....	21
2.2.3 La formación del consentimiento entre no presentes.....	21
2.2.4 Los requisitos del objeto en obligación de dar.....	22
2.3 Regulación legal.....	23



	Pág.
2.3.1 Definición de contrato según el Código de Trabajo.....	23
2.3.2 Definición de contrato en el Código Civil.....	28
2.4 Sistema de contratación.....	29
2.4.1 Formalista.....	29
2.4.2 Consensual.....	29
2.4.3 Sistema ecléctico o moderno.....	30
2.5 Formas de los contratos.....	30
2.6 Principios de contratación laboral.....	32
2.6.1 Consensualismo.....	32
2.6.2 Autonomía de la voluntad.....	32
2.7 Clasificación de los contratos.....	32
2.7.1 Principales y accesorios.....	33
2.7.2 Unilaterales y bilaterales.....	33
2.7.3 Gratuito y oneroso.....	33
2.7.4 Conmutativos y aleatorios.....	33
2.7.5 Consensuales y reales.....	34
2.7.6 Típicos y atípicos.....	34

CAPÍTULO III

3. La subcontratación de servicios.....	35
3.1 Antecedentes históricos.....	37
3.2 Naturaleza legal.....	38
3.3 El riesgo de la deslaboralización o informatización laboral.....	41
3.3.1 El riesgo de los bajos ingresos laborales.....	43
3.3.2 El riesgo de la desprotección social.....	44
3.3.3 El riesgo de la discriminación laboral.....	45
3.3.4 El riesgo de la insolvencia del empleador formal.....	46
3.3.5 El riesgo del desempleo recurrente.....	47
3.3.6 El riesgo de la pérdida de los derechos colectivos.....	48



Pág.

3.4. Argumentos a favor.....	49
------------------------------	----

CAPÍTULO IV

4. La subcontratación de servicios como simulación de contrato de trabajo.....	51
4.1 Tercerización de servicios en materia laboral.....	51
4.2 Historia de la tercerización.....	51
4.3 Análisis de los efectos negativos de la subcontratación y la tercerización.....	54
4.3.1 Efectos negativos de la subcontratación.....	54
4.3.2 Efectos negativos de la tercerización.....	58
4.4 Simulación que se presenta en la subcontratación laboral en el derecho laboral guatemalteco.....	61
4.5 La tercerización de servicios en legislación comparada.....	62
4.5.1 Perú.....	62
4.5.2 Uruguay.....	64
4.5.3 Argentina.....	66
4.5.4 Ecuador.....	67

CAPÍTULO V

5. Necesidad de adicionar un último párrafo del Artículo 81, del Código de Trabajo, Decreto número 1441, del Congreso de la República de Guatemala.....	71
5.1 Proyecto de ley.....	72
5.2 Aspectos contemplados en la adición propuesta.....	73
5.2.1 Qué se entiende por inicio de la ejecución de la obra.....	73
5.2.2 Qué empresas deben de cumplir el requisito de estabilidad en el empleo.....	74



Pág.

5.2.3 Qué se entiende por subcontratista, intensivo de mano de obra.....	74
5.3 Efectos que protegerán esta adición.....	76
5.4 Diferencias laborales.....	77
5.5 La afección de la estabilidad laboral.....	78
5.6 Principales obligaciones de los trabajadores en Guatemala.....	79
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85



INTRODUCCIÓN

El derecho de trabajo está llamado a proteger a los trabajadores por igual; y es por eso que la presente tesis desarrollará, la problemática que se presenta, al violar los derechos individuales laborales, especialmente en el Artículo 81 del Código de Trabajo, Decreto número 1441, del Congreso de la República de Guatemala, ya que si bien prohíbe la simulación, y hace referencia a la contratación de terceros para el desarrollo de trabajo, no señala nada en relación con la posible simulación de contrato de obra civil que en el ámbito privado se da mucho en Guatemala.

La investigación actual pronuncia la siguiente hipótesis: La falta de la adición de un último párrafo al Artículo 81, del Código de Trabajo, Decreto número 1441, del Congreso de la República, ocasiona conflicto entre el patrono y el trabajador.

El objetivo de la presente tesis es evitar que exista simulación en un contrato de obra civil y que de origen a otra relación distinta que no es la de trabajo, para que así, no se genere la situación en la que el contratante o empleador no pague prestaciones laborales a quien presta el servicio y así no exista violaciones a los principios laborales establecidos en ley.

Es por ello que la presente investigación ameritó formular los supuestos de esta investigación; y propone la solución de esta problemática, que es la necesidad de adicionar un último párrafo al Artículo 81, del Código de Trabajo, Decreto número 1441, del Congreso de la República el cual quedará así, como también se prohíbe que una subcontratación de servicios laborales se dé por medio de un contrato de obra civil

La presente tesis se elabora en cinco capítulos, los cuales se desarrollarán de la siguiente manera: El capítulo uno, expone, antecedentes, aspectos fundamentales, regulación legal, de la relación laboral; el capítulo segundo, la contratación en general; el capítulo tercero, estudia la subcontratación o tercerización; el capítulo cuarto, desarrolla la subcontratación de servicios como simulación de contrato de trabajo,



explica de forma clara, que la subcontratación, está relacionada con la tercerización porque constituye una forma o especie esta última y el capítulo quinto, se trata de la propuesta de adición de un último párrafo del Artículo 81, del Código de Trabajo Decreto número 1441, del Congreso de la República de Guatemala.

Los métodos utilizados para desarrollar la presente tesis fueron, analítico, que da a conocer la subcontratación laboral y la simulación del contrato de obra civil; el sintético que establece la importancia de esta problemática; el inductivo, el cual muestra sus características; y el deductivo, que señala su necesidad de ser regulado, técnicas de fichas bibliográficas y la documental, con las cuales se logró obtener la información doctrinaria y legal actualizada.

Como se podrá observar en el presente estudio, la subcontratación es beneficiosa para las empresas siempre que sea bien estudiada y se pueda permitir.



CAPÍTULO I

1. Aspectos fundamentales de la relación laboral

1.1 Relación laboral

Es aquella relación contractual entre una empresa o persona llamada empleador y una persona natural llamada trabajador, relación mediante la cual el trabajador pone a disposición del empleador su capacidad física e intelectual para desarrollar una actividad determinada.

Una relación laboral se caracteriza porque el trabajador está sometido al poder de subordinación constante de parte de la empresa que lo contrata, de manera tal que la empresa contratante tiene la facultad de impartir órdenes que el trabajador está obligado a cumplir, siempre y cuando las órdenes se ajusten a la ley y a lo pactado en el contrato, si es que éste existe.

Una relación laboral se configura en el momento en que se presentan tres elementos inconfundibles que son: subordinación, remuneración y prestación personal del servicio.

Para que una relación laboral se configure como tal, no hacen falta solemnidades especiales, sino que basta con que se presenten los tres elementos mencionados para que la ley la reconozca como tal, de suerte que no es necesario que medie un contrato de trabajo escrito o verbal, ni siquiera un contrato de servicios, basta con que en la realidad se puedan identificar los tres elementos ya mencionados.

La relación laboral está mucho más allá del contrato de trabajo, puesto que la ausencia o existencia de éste, en nada afecta la relación laboral. El contrato de trabajo es un formalismo en el cual se pactan ciertas condiciones pero que en ningún momento afectan la relación laboral, toda vez que esta se da por sí misma como consecuencia de



la existencia de una realidad en la que se configuren los famosos tres elementos previamente mencionados.

1.2 Fundamentos de la relación laboral

Son varias las formas que provocan la terminación de la relación laboral. Por una parte puede ser el trabajador el que decide renunciar, por otro lado, el patrono puede ponerle fin a la misma; sin embargo, en el segundo de los supuestos la causa puede llegar a ser imputable al primero de los mencionados.

Algunas formas existentes para dar por terminado el contrato de trabajo violan el principio de estabilidad laboral, es por eso que debe ser explicado previamente el tema de la relación laboral.

La crisis mundial de las economías estremece actualmente las estructuras sociales y jurídicas existentes, pues la creciente carrera hacia la globalización ha traído desajustes laborales innegables. Es así como se observan en varios países desarrollados, en desarrollo y del tercer mundo, grandes y graves conflictos sociales por despidos masivos de trabajadores, reducción drástica de las empresas, aparición de los trabajos precarios (por horas, temporales, sin ningún tipo de arraigo), el aumento del horario laboral con mayor esfuerzo del trabajador y con reducción de la paga, buscándose bajar costos, mediante la desaparición de la tutela del Estado, utilización de la contratación esporádica (y externa a la empresa) para enfrentar problemas, que antes se resolvían con personal de la propia compañía, fusiones de empresas y alianzas estratégicas de corporaciones (que reducen el campo laboral) y toda una gama de situaciones que han repercutido negativamente en la regulación jurídica del trabajo.

Siendo el trabajo una de las bases fundamentales de la creación de la riqueza de las naciones, del bienestar y desarrollo de las sociedades, y, en fin, de la estabilidad y la paz social, esta situación es de importancia capital, que requiere que se aborde y busque su conducción hacia formas más adecuadas de solución.



Puede verse que el problema ha conllevado severos signos preocupantes en el orden social: el desempleo, el alto grado de pobreza en inmensas masas de la población, la carencia de mecanismos de seguridad social (por la disminución del empleo estable y adecuado), desencadenamiento de un alto índice delictivo en las sociedades y otras graves secuelas.

1.2.1 Antecedentes de la relación laboral

Surge la teoría de la relación laboral, generando una revolución en los pensadores de orden civilista ya que la relación laboral en contraposición del pensamiento contractualista no concebía que ésta, es decir la prestación efectiva de un trabajo por sí, perfeccionara un contrato, dando a entender que esa relación producirá y perfeccionará un contrato de trabajo, y que por consiguiente originará derechos y obligaciones.

Los antecedentes reales de la relación laboral, se hallan como estaba normada o regida la situación, y éste fue un proceso que pasó desde el arrendamiento, la compraventa, la sociedad y el mandato, que son instituciones puramente civilistas.

Los juristas Erich Monitor autor alemán y George Scelle, francés, al respecto dieron una valiosa aportación.

Erich Monitor, decía que era necesario hacer una distinción entre el contrato y la relación de trabajo y lo hizo así: “El primero es acuerdo de voluntades para la prestación de un trabajo futuro, mientras la segunda es la prestación efectiva de un trabajo.”¹ Desde el punto de vista este autor logró establecer cuando la norma y disposiciones de derecho de trabajo aplican, establecía cuando estábamos frente a una verdadera relación de trabajo o cuando en una relación pasaba a ser materia de este derecho.

George Scelle, en el libro el Derecho obrero, de 1922, citado por Mario de la Cueva, dijo: “Se puede dar en arrendamiento una cosa o un animal, pero no se puede alquilar

¹ De la Cueva, Mario. *El Nuevo derecho mexicano de trabajo*. Pág. 184.



un trabajador, porque no se le puede separar de la persona física”.² El derecho de trabajo desde sus orígenes se ubicó en humanizar el trabajo y la relación de trabajo entre empleado y patrono, buscando garantías que protegieran a la persona humana, su dignidad y su condición económica, inferior a la de un capitalista, ya que definitivamente no se puede comparar un animal con un ser humano.

1.3 Regulación legal

Según Artículo 19 del Código de Trabajo, preceptúa: “Contrato Individual de Trabajo, sea cual fuera su denominación, es el vínculo económico jurídico mediante el que una persona queda obligado a prestar a otra su servicio personal o ejecutarle una obra personalmente, bajo la dependencia continuada y la dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma...”

El contrato individual de trabajo, como lo ordena el Artículo 20 del Código de Trabajo, “obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino:

- A la observancia de las obligaciones y derechos que el cuerpo de leyes mencionados o los convenios internacionales ratificados por Guatemala, determinen para las partes de la relación laboral, siempre, respecto a estos últimos, cuando consignent beneficios superiores para los trabajadores a los del Código; y
- A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley.”

En todo contrato individual de trabajo deben entenderse incluidos por lo menos garantías y derechos que otorguen a los trabajadores, la Constitución, el Código de Trabajo y sus reglamentos, así como no violar los tratados internacionales que beneficien a los trabajadores.

² Ibid183.



1.4 Contractualismo o contrato social

La teoría del contrato social, llamada así por la obra de Rousseau, pero también denominada contractualismo, sostiene que la sociedad humana debe su origen (o su posibilidad) a un contrato o pacto entre individuos. Según Platón, que trataría de refutar tal concepción, es posible que algunos sofistas desarrollaran ya una teoría contractualista, según la cual era más provechoso llegar a un entendimiento con el fin de no cometer ni sufrir injusticia; así, la justicia no sería algo absoluto, sino el resultado de un acuerdo o compromiso.

En la Edad Media, la teoría contractualista estaría condicionada por el conflicto entre el poder temporal y el poder espiritual, conflicto inexistente en el mundo antiguo. Es en la Edad Moderna cuando se desarrolla la teoría plenamente, en parte por la secularización del Estado y en parte por una concepción atomista según la cual el Estado se halla compuesto primariamente por individuos cuyas relaciones entre sí son comparables a las relaciones entre partículas. Lejos quedará ya la fundamentación trascendente, pero también la noción de politicidad innata al hombre de la época clásica, y se tratará de fundamentar los ordenamientos civiles (sometimiento a la autoridad de un Estado).

Los dos autores contractualistas modernos más conocidos son Hobbes y Rousseau. El primero no partirá de un hecho histórico para el pacto (como Locke), sino de una hipótesis explicativa cuya conclusión es el poder legitimado del Estado. "Hobbes considera que los hombres en un estado natural, sin un poder que los controle y sometidos a sus deseos incontrolados, se mostrarán en una situación de incertidumbre permanente, con la constante amenaza de la guerra. Es una concepción negativa de la naturaleza humana que requiere de un estado positivo donde reine el orden y los hombres se respeten mutuamente. Según Hobbes, el pacto se da en un contexto de reciprocidad horizontal, donde se cede el derecho natural a una instancia vertical (el soberano, de poder absoluto). Por el contrario, Rousseau tiene una concepción magnánima de la naturaleza humana, regida por el amor de sí, pero también por la piedad hacia los otros. Esta última característica se fue perdiendo con el tiempo



(llegando el camino de la propiedad privada y estableciendo un orden abusivo y desigualitario) y la manera de salir de ese estado de decadencia es mediante un verdadero contrato social que permita la igualdad y acabe con la injusticia. El contrato será la expresión de todas las voluntades en una sola, en función de un cuerpo político donde todos se comprometen a observar las leyes dictadas por todos. Será una voluntad general que establece un orden justo (el hombre es perfectible para Rousseau y, por lo tanto, capaz de ello) donde se establece una igualdad artificial (se restaura la igualdad natural perdida). De la misma manera que en los clásicos, en Rousseau no hay distinción entre moral y derecho, el hombre será virtuoso cuando obra acorde con el bien común”³.

En todos los contratos laborales encontraremos el surgimiento de una relación trabajo, entre el patrono y trabajador que de modo directo se benefician ambos, uno a través de la utilización de sus servicios materiales o intelectuales, el trabajador a través de la retribución. Esto da origen a la relación laboral a esto se debe importante para los contractualistas que exista trabajo sin haber contrato.

Surge esto cuando se decreta la nulidad de algún contrato de trabajo, por la causa que sea, y sin embargo prevalece la relación. Entonces, por decisión legal fundada en la protección del trabajo como fenómeno económico, social y del trabajador, por razones de equidad y para impedir el enriquecimiento sin causa del beneficiario de esa actividad, se establece que son aplicables todos los derechos que derivarían de haber sido eficaz el contrato, en especial la remuneración. Existe también relación de trabajo, cuando hay prestación de servicios de hecho, es decir sin el consentimiento del trabajador, a lo que se le llama trabajo impuesto, exigido, obligatorio o forzoso.

“Los contractualistas sostienen que del contrato deriva una relación jurídica, mientras que de la prestación del servicio, surge una relación simplemente de hecho. En alusión

³ <http://blogs.ua.es/thomashobbes/2010/04/18/diferencias-entre-hobbes-y-rousseau>, 25/06/12.



a este aspecto, algunos sectores de la doctrina (como el caso de Reynoso) llaman a la teoría contractualista, del, simple hecho”⁴.

Siendo el de trabajo un contrato consensual, es evidente que la relación jurídica se inicia con el acuerdo de voluntades, es decir, por la manifestación del consentimiento; mientras la relación de trabajo surge cuando el trabajador comience la prestación de su actividad profesional bajo la dirección del patrono. Conviene preguntarse si el acuerdo de voluntades entre el empresario y el trabajador debe llamarse contrato.

La calificación del contrato de trabajo como acto preparatorio de la relación de trabajo, conjunto de elementos personales y patrimoniales, no provoca una sustitución del vínculo contractual, ni lo hace desaparecer.

Tampoco el hecho de que el contenido y realización de las prestaciones se establezcan por el legislador evita que el acto jurídico voluntario contractual siga siendo la forma normal que se antepone a toda relación de trabajo, porque precede a la ejecución del contrato en sí.

En la necesidad del consentimiento, en la fuerza vincular de la voluntad, se afirma gran parte de la doctrina para proclamar la supervivencia en contrato de trabajo.

“Según el lenguaje usual, es indudable que todo acuerdo dirigido a la producción de un efecto jurídico se llama, contrato”⁵.

Sostiene asimismo los contractualistas que si en el futuro, el concepto de contrato debe restringirse a los negocios jurídicos relativos a cosas, es una cuestión que afecte a la teoría general del derecho, pero no al derecho del trabajo especialmente. Por lo tanto, se puede seguir llamando contrato de trabajo a ese acuerdo de voluntades, sobre todo cuando éste es el uso corriente.

⁴ Reynoso, Eleuterio. **Derecho laboral y globalización**. Pág. 39.

⁵ Diccionario de la lengua española. Pág.43.



El contrato de trabajo ha cambiado su contenido. Ya no es un simple intercambio de prestaciones, sino que va dirigido a la creación de lazos personales, a la incorporación de una comunidad de trabajo.

Es contrato de trabajo integra una figura jurídica que no encaja en los moldes tradicionales del derecho contractual civil o mercantil.

Prueba de lo anterior, es que en varios países, con la denominación de contrato de trabajo, ha sido regulado por las leyes especiales, como el caso del Código de Trabajo en Guatemala.

La trayectoria seguida por el trabajo no lo emancipa íntegramente del contrato típico del derecho civil, porque esa estructura parece inmutable; pero su desarrollo y su contenido, sus notas características de exclusividad, profesionalidad, subordinación y estabilidad relativa le confieren características de contratación privada.

1.4.1 Contractualismo contemporáneo

“El contractualismo contemporáneo ya no centra sus investigaciones en el proceso histórico que supone un hipotético nacimiento de la sociedad. Influidos por el formalismo kantiano y por la filosofía del lenguaje, el interés de estos pensadores es analizar la lógica interna de los procesos de toma de decisiones y los procesos de resolución de conflictos. No se centran tanto en el contenido del contrato, sino en la forma en que ese contrato se elabora. John Rawls, por ejemplo, se centra en la posición ideal de los contratantes (un velo de ignorancia), posición desde la cual no pueden saber qué lugar van a ocupar con posterioridad al contrato mismo, y que facilita tomas de decisiones justas. Jürgen Habermas, por otro lado, se centra en lo que él llama “condiciones ideales de diálogo”, o postulados imprescindibles para la comunicación social, y por tanto, política. Estos postulados se refieren a las condiciones mínimas necesarias para llegar a un acuerdo, como por ejemplo, el postulado de no violencia (según el cual el proceso de debate deja de ser racional cuando se hace bajo



amenaza), el postulado de igualdad (según el cual los actores del debate deben tener igual acceso a la información pertinente para el diálogo) y el postulado de seriedad (según el cual el objetivo del debate ha de ser llegar a un acuerdo)".⁶

1.4.2 El contrato social

“Pues bien, ¿cómo es posible pensar o establecer el tránsito del estado natural, al estado social?, o lo que es lo mismo, ¿cómo determinar el origen de la sociedad y el lazo, vínculo o contrato en que se funda y desarrolla la vida social y política? Dos explicaciones del tránsito son modélicas: la de Hobbes (1588-1679) y la de Rousseau.

En oposición a Grocio, que veía en el hombre un instinto social y en la sociedad la simple consecuencia de esta natural disposición social del hombre, tanto Hobbes como Rousseau creen que el hombre según su naturaleza, el hombre natural, no es social, dándose una prioridad del individuo sobre la comunidad social.

Pero las explicaciones que uno y otro ofrecen del tránsito distintas, sobre la base de la idea que cada uno se hizo de la naturaleza del hombre, del hombre natural, y del estado de naturaleza, así como del ideal del vínculo social y del orden político en correspondencia con la naturaleza del hombre.

- Hobbes –para quien el hombre es un lobo para el hombre (Homo homini lupus) y el estado de naturaleza es un estado de violencia y guerra de todos contra todos– estima que solo una fuerza superior, y el sometimiento a ella, puede establecer el vínculo o contrato entre los hombres. El contrato es pues para Hobbes, un contrato de sumisión y de alienación, por lo que en rigor, no se puede considerar como un contrato, ya que en la contratación ante y por la fuerza se carece de libertad, y en el orden social y político así establecido se carece igualmente de ella.

⁶ Wikipedia la enciclopedia libre <http://es.wikipedia.org/wiki/Contractualismo> 12/06/12. Contractualismo.



- Según Rousseau, semejante forma de contrato, impuesto por la coacción y sin libertad, niega la libertad natural del hombre y no institucionaliza ni permite una adecuada libertad civil y política. El verdadero contrato social, para Rousseau, ha de ser, pues, un contrato de libertad. Pero ello no significa en modo alguno que en el orden social y político establecido por el contrato social no haya y tenga que haber sumisión y obligatoriedad de la ley.

El carácter genuino del problema está, al contrario, precisamente en el sentido de la sumisión a la ley y en el sentido de la libertad. En efecto, el problema fundamental del cual el contrato social da la solución –escribe Rousseau– es encontrar una forma de asociación, por la que cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a él mismo, y permanezca tan libre como antes”⁷.

En el contrato social rousseauiano, por el que se pasa de una libertad natural a una libertad civil y política, se da una voluntaria y libre alienación, una desposesión de lo que pertenece al hombre natural, pero no en favor de una voluntad individual, sino en favor de toda la comunidad, viniendo así a crear una unión social perfecta, cuya expresión y principio rector es la voluntad general.

Los hombres no se someten sino a la ley que ellos mismos se han dado. El sometimiento a la ley lo es a ellos mismos, que libre y racionalmente se han impuesto. Con ello, los hombres han pasado de un estado natural y de necesidad, a un estado basado en la razón y fruto de la libertad, estando semejante comunidad social muy por encima del estado de naturaleza.

“Al darse cada uno a todos los demás no se da a ninguno en particular y, como no existe ningún miembro de la comunidad sobre el que no se gane el mismo derecho que a él se le permite sobre uno mismo, así cada uno recobra lo que entrega en la misma

⁷ Rousseau, J.J. : **Del contrato social**, libro I, cap. VI, Pág.70.



medida, y recibe, al mismo tiempo, una fuerza mayor para afirmarse a sí mismo y mantenerse en lo que es y en lo que tiene”.⁸

En este nuevo orden social racional y libre será posible erradicar el mal moral y la injusticia y realizar la perfectibilidad y la felicidad del hombre: su plena realización y salvación. Ello como fruto de la acción que lleva a cabo su razón práctica.

1.5 Tesis anticontractualistas de la relación laboral

“La proclamada decadencia de la soberanía del contrato, conduce a negarle carácter contractual al vínculo laboral, regido por la ley y otras fuentes normativas y porque el acto de adhesión a un reglamento preestablecido priva de sus elementos esenciales al consentimiento requerido en la concepción tradicional del contrato. Con estricta objetividad se sostiene que la relación de contrato se determina por una situación de hecho y dura mientras subsista la misma. Una de las partes, el empresario, limitado a su vez por el Derecho positivo, fija las condiciones en que deberá cumplirse la prestación laboral y el trabajador se limita a asentir, incluso sin palabras, a la regulación existente.

Un sector de la doctrina francesa reproduce en esta materia la teoría de la institución. Para la misma, el establecimiento laboral integra una sociedad profesional, a la cual quedan sometidos los trabajadores con carácter legal, al igual que los súbditos a las leyes del Estado. En este análisis se recoge más bien el carácter del nexo que une al trabajador con la empresa; pero por sí solo no excluye que pueda originarse mediante un contrato de trabajo.

Las teorías de índole administrativa ven en el contrato de trabajo un acto de adhesión, similar al acto-condición del Derecho Administrativo; se afirma que el llamado contrato de trabajo no hace sino individualizar los presupuestos de un estatuto legal o

⁸ Ibid. 75.



reglamentario de trabajo en una relación concreta laboral; de tal manera que el trabajador, al entrar a formar parte de una empresa, se adhiere a las condiciones laborales prefijadas por el Estado a esa entidad.

En otra perspectiva anticontractualista, la relación de trabajo se basa en la teoría de la incorporación al empleo o asunción del trabajador por la empresa, hechos que ponen en marcha una serie de efectos jurídicos y un vínculo de igual índole. La incorporación o la asunción, pese a situar la iniciativa en una u otra de las partes laborales, no ofrece diversidad esencial. Ahora bien, el acto de ingreso del trabajador en el establecimiento no puede exagerarse hasta identificarlo con el comienzo de una relación jurídica de trabajo, por cuanto una simple visita o una gestión previa del que busca trabajo significaría sin más actos jurídicos trascendentes; cuando la realidad demuestra que entre la entrada en un local con el propósito de trabajar y la permanencia más o menos pasajera en él con ánimos distintos media evidente la obra de la voluntad, creadora del nexo bilateral que en técnica jurídica milenaria se reconoce como convención o contrato.

Culminado el proceso se llega a la negación total de los aspectos contractuales para que surja la relación laboral. Se caracteriza ésta como mera relación de hecho, mientras que para otros constituye una relación jurídica. Hay quienes estiman que se trata de una relación de hecho con consecuencias jurídicas y se oponen quienes descubren una relación jurídica de la que surgen relaciones de hecho; pues en la discusión se señala unas veces que el consentimiento es el hecho generador de las obligaciones, a lo cual se arguye que son las obligaciones las que engendran un consentimiento forzado.”⁹

Otros autores lo denominan también del acto unilateral o publicista, sostenida por “Saleilles, Hauriou, Duguit y otros, que niegan la naturaleza contractual del negocio por adhesión. Para ellos, el mal llamado contrato de adhesión no es un contrato, sino un acto unilateral emanado de la voluntad que no ha participado en la elaboración del acto,

⁹ Monografias .com. <http://www.monografias.com/trabajos65/contrato-relacion-trabajo/contrato-relacion-trabajo2.shtml> 12/06/12. Tesis anticontractualista.



de tal manera que no existe voluntad conjunta de las partes, sino una sola voluntad que establece una situación de hecho cuyos efectos ya inmodificablemente fijados se producen mediante la adhesión de otra voluntad, la cual tiene, en realidad, la calidad de una *conditio iuris* para la validez del acto jurídico unilateral. Para Saleilles, se trata de una declaración unilateral de voluntad obligatoria que dicta su ley, no para una persona aislada sino para una colectividad indeterminada, y que se obliga previa y unilateralmente, a reserva de la adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato. Fue este autor quien anotó, por primera vez, que podía señalarse la presencia de una nueva forma de vinculación jurídica. Para Hauriou la Naturaleza de estos actos es de tipo reglamentario a los cuales se adhiere otra voluntad. Para Duguit originan un estado de hecho objetivo y permanente al cual se suman los interesados. En resumen, para esta tesis, el contrato y la adhesión son términos que no concilian, ya que en el primero existe consentimiento y en el segundo sometimiento. El contrato supone igualdad de aquéllos que lo concluyen, la adhesión, enfrentamiento de las partes en las cuales no existe igualdad alguna, por consiguiente, el contrato por adhesión no es sino un acto unilateral que beneficia o perjudica a quien se adhiere a él, pero esa adhesión está muy lejos de cambiar su naturaleza y tomarlo bilateral.”¹⁰

El análisis de la diferencia entre contrato de trabajo y relación laboral, así como la influencia de cada uno de los dos en el otro, tiene relevancia para la presente investigación desde el punto de vista de si la legislación nacional guatemalteca considera que no puede haber contrato de trabajo sin relación laboral y subordina la existencia del primero, a la existencia de la última; ya que el contrato de trabajo, es una acuerdo en el que se crea el vínculo económico jurídico y la relación laboral, es el hecho mismo de la prestación de los servicios o ejecución de la obra, sin embargo, no es igual concluir que la terminación de la relación laboral significa asimismo, la del contrato de trabajo, porque aunque el contrato de trabajo ha terminado, los derechos y obligaciones surgidos de la relación laboral pueden extenderse tal el caso de lo regulado en el Artículo 85 del Código de Trabajo, el cual indica las “causas que

¹⁰ <http://www.planetaius.com.ar/foroderecho/teoria-de-adhesion-1706>, 25/0612.



terminan con los contratos de trabajo de cualquier clase, sin responsabilidad para el trabajador y sin que se extingan los derechos de éste.”

1.6 Terminación de la relación laboral según el Código de Trabajo

El Código de Trabajo establece en el Artículo 76 que: “Hay terminación de los contratos de trabajo cuando una o las dos partes que forman la relación laboral le ponen fin a ésta, cesándola efectivamente, ya sea por voluntad de una de ellas, por mutuo consentimiento o por causa imputable a la otra, o en que ocurra el mismo disposición de la ley, en cuyas circunstancias se extinguen los derechos y obligaciones que emanan de dichos contratos”.

La finalización de la relación laboral es motivo de sentimientos encontrados entre patrón y empleado. Las reacciones del trabajador pueden ir desde la alegría porque cambia de trabajo y mejora su situación laboral, hasta el enojo y la agresividad porque se le rescindió su contrato y por la forma en que se hizo.

Los sentimientos que la terminación de la relación laboral genera en los empresarios pueden ir desde el alivio porque ya no deseaba que el empleado colaborara más con él, hasta la tristeza por la pérdida de un buen colaborador.

Un empleado deja de laborar dentro de una empresa debido a que se le rescinde el contrato, o a que él voluntariamente decide dejar su trabajo.



CAPÍTULO II

2. Contratación laboral

2.1 Contrato

Es un acuerdo de voluntades, verbal o escrito, manifestado en común entre dos o más personas con capacidad (partes del contrato), que se obligan en virtud del mismo, regulando sus relaciones relativas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, si el contrato es bilateral, o compelerse una parte a la otra, si el contrato es unilateral.

Es el contrato, en suma, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones relativos, es decir, sólo para las partes contratantes y sus causahabientes. Pero, además del acuerdo de voluntades, algunos contratos exigen, para su perfección, otros hechos o actos de alcance jurídico, tales como efectuar una determinada entrega (contratos reales), o exigen ser formalizados en documento especial (contratos formales), de modo que en esos casos especiales, no basta con la sola voluntad. De todos modos, el contrato en general tiene una connotación patrimonial, incluso parcialmente en aquellos celebrados en el marco del derecho de familia, y es parte de la categoría más amplia de los negocios jurídicos. Es función elemental del contrato originar efectos jurídicos (es decir, obligaciones exigibles), de modo que aquella relación de sujetos que no derive en efectos jurídicos no se le puede atribuir cualidad contractual.

En cada país, o en cada estado, puede existir un sistema de requisitos contractuales diferente, pero el concepto básico de contrato es, en esencia, el mismo. La divergencia de requisitos tiene que ver con la variedad de realidades socio culturales y jurídicas de cada uno de los países (así, por ejemplo, existen ordenamientos en que el contrato no se limita al campo de los derechos patrimoniales únicamente, sino que abarca también



derechos personales y de familia como, por ejemplo, los países en los que el matrimonio es considerado un contrato).

2.1.1 Antecedentes históricos

De entre los antecedentes remotos, sobre los que hay mayor grado de coincidencia en la doctrina, pueden citarse los siguientes:

- **Sistema contractual romano**

En el Derecho romano el contrato aparece como una forma de acuerdo (conventio). Sistema contractual romano. La convención es el consentimiento de dos a más personas que se avienen sobre una cosa que deben dar o prestar. La consensualidad era el prototipo dominante. La convención se divide en pacto (pactum) y contrato (contractus), siendo el pacto aquel que no tiene nombre ni causa y el contrato aquel que lo tiene. En este contexto se entiende por nombre la palabra que produce la acción (el pacto se refiere únicamente a relaciones que sólo engendran una excepción). La causa es alguna cosa presente de la cual se deriva la obligación. El pacto fue paulatinamente asimilándose al contrato al considerar las acciones el instrumento para exigir su cumplimiento.

El contrato se aplica a todo acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones civilmente exigibles y estaba siempre protegido por una acción que le atribuía plena eficacia jurídica. Los contratos se dividen en verdaderos y en cuasicontratos. Eran verdaderos los que se basaban en consentimiento expreso de las partes, eran cuasicontratos los basados en el consentimiento presunto.

A su vez los contratos verdaderos se dividían en nominados e innominados. Eran nominados los que tenían nombre específico y particular confirmado por el derecho (ej. compraventa) e innominados los que aún teniendo causa no tenían nombre. Los contratos innominados eran cuatro: Doy para que des, doy para que hagas, hago para



que des y hago para que hagas. Lo característico de los contratos inominados es que en ellos no intervenía el dinero contado. En el derecho romano existían contratos unilaterales y bilaterales. Los contratos unilaterales obligaban sólo a una de las partes (por ejemplo, el mutuo) y los bilaterales obligaban a ambas partes (como en el caso de la compraventa).

- **Acciones en los contratos en Roma**

“La acción era el otro elemento esencial de los contratos en *Derecho romano*. Las acciones relativas a los contratos son, acciones in personam en las cuales el demandante basa su pretensión en una obligación contractual o penal, las cuales podían ser Directas y Contrarias.

Ejemplos de ellas son: Actio directa: Acciones directas eran aquellas con que contaba el acreedor, frente al deudor, desde el momento mismo de la celebración del contrato, tales como la, actio certi (que persigue un objeto específico, suma de dinero o cosa); la actio ex stipulatio (que tiene el acreedor cuando el objeto no era ni dinero, ni bienes genéricos sino que implicaba un hacer); la actio locati (que tiene el arrendador contra el arrendatario); la actio commodati directa (para lograr la restitución de la cosa dada en préstamo); la actio depositi directa (para exigir al depositario la restitución de la cosa depositada); la actio mandati directa (para exigir al mandatario cuentas del mandato); la actio pignoratitia directa (para que el dueño recupere la cosa dada en prenda); la actio negotiorum gestorum directa (para exigir rendición de cuentas al gestor de un negocio). Actio contraria: Acciones por las cuales se pide siempre indemnización, o sea, nacen después de haberse realizado el contrato, como, la actio fiduciae (para la devolución de la propiedad transmitida en garantía); la actio redhibitoria (para rescindir el contrato por encontrarse vicios ocultos en la cosa vendida); la actio quanti minoris (por la que el comprador exige una reducción en el precio de la cosa por no corresponder al precio real), esta última también llamada actio estimatoria; la actio conducti (para hacer cumplir las obligaciones al arrendador); la actio commodati contraria (para lograr el resarcimiento de los posibles daños o gastos causados por la cosa dada en comodato



le hubiere causado al comodatario; la actio depositi contraria (para que el depositante pague los gastos del depósito); la actio mandati contraria (para exigir al mandante cuentas de los gastos realizados durante el mandato); la actio pignoratitia contraria (para que el acreedor prendario exija recuperar los daños y gastos causados por la cosa pignorada); la actio aeviana (que permitía al pignorante quedarse en posesión de los invecita et illata que iban a servir de garantía); la actio quasi serviana (extensión de la actio Serviana a otros objetos dados en prenda, también llamada hypotecaria. La actio negotiorum gestorum contraria (para que el gestor recupere los gastos); la actio depensi (para que el fiador cobre al deudor principal lo que no se le hubiera reembolsado); la actio poenae persecutoria (para la reparación del daño); la actio rei persecutoria (para recuperar la cosa perdida y sus pertenencias, la actual reipersecutoriedad); la actio praescriptis verbis (en situaciones en que el actor había cumplido y el demandado no), llamada también actio civilis incerti o civilis in factum, típica de los contratos innominados; y la actio doli (acción penal que se ejercita contra quien daña con dolo)”¹¹.

- **Contratos nominados en el derecho de Roma**

Algunos tipos de contratos en el derecho romano eran: Aestimatum. Contrato en virtud del cual una parte recibe objetos tasados con la obligación de venderlos o devolverlos después de cierto tiempo. Chirographum: Forma de obligarse de los peregrinos, en virtud de la cual el deudor entregaba al acreedor un recibo. Syngraphae. Forma literal de obligarse los peregrinos, consistente en dos copias, una en poder del acreedor y la otra en poder del deudor. Conventio in manum: Contrato verbis en virtud del cual la mujer al contraer nupcias entra a la familia del marido, ocupando jurídicamente el lugar de una hija. Depositum: Depósito. Contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa que el depositario ha de devolver cuando el depositante la requiera. Depositum irregulare: Depósito de dinero o bienes fungibles. Dictio dotis. Contrato verbis en el que el padre, un tercero o la mujer se comprometen a constituir una dote. Iusiurandum liberti: Contrato verbis en virtud del cual el esclavo se compromete a prestar ciertos

¹¹ Wikipedia la enciclopedia libre, <http://es.wikipedia.org/wiki/Contrato>, 12/06/12. Contrato.



servicios al patrón. También llamado *promissio iurata liberti*. *Locatio conductio*: Arrendamiento. Una de las partes (*locator*) se obliga a procurar a la otra (*conductor*) el uso y el disfrute temporal de una cosa o la prestación de determinado servicio (*locatio conductio operarum*) o la ejecución de una obra (*locatio conductio operis*), a cambio de una cantidad de dinero llamado *merces*. *Mandatum*: Mandato. Contrato en virtud del cual una persona (*mandante*) encarga a otra (*mandatario*) la realización gratuita de determinado acto, por cuenta o interés de aquella o tercero. *Pignus*: Prenda. El deudor, o un tercero, entregan al acreedor la posesión de una cosa, en garantía de una deuda. *Precarium*: Contrato inominado por el cual una de las partes concede el préstamo de una cosa a la otra parte, quien se lo ha solicitado especialmente (*preces*) la que está obligada a devolverlo a la primera solicitud. *Societas*: Sociedad. Contrato entre dos o más personas, con el fin de participar en ganancias y pérdidas. *Stipulatio*: Estipulación contrato verbal, solemne, unilateral que consiste en una pregunta seguida de una respuesta congruente. *Transactio*: Contrato inominado que consiste en un convenio extrajudicial en virtud del cual las partes se hacen concesiones para evitar los resultados del juicio posterior.

- **Contratos tipificados (nominados) en las siete partidas**

“El Código de las Siete Partidas del Rey Alfonso X, de Castilla (1252-1284), ha ejercido, durante varios siglos, una enorme influencia jurídica en el derecho contractual de España y también de la mayoría de los países hispanohablantes de América. La Partida Quinta compuesta de 15 títulos y 374 leyes, se refiere a los actos y contratos que puede el ser humano realizar o celebrar en el curso de su vida (derecho privado). Trata del contrato de mutuo, prohibiendo el cobro de intereses o usura; de comodato; de depósito; de donación; de compraventa, con la distinción entre título y modo de adquirir (proveniente del derecho romano); de permuta; de locación o arrendamiento; de compañía o sociedad; de estipulación o promesa; y de la fianza y los peños (hipotecas).

Con la aparición y desarrollo de los negocios no formales, se incrementó la necesidad de interpretar el negocio para encontrar el verdadero sentido de la voluntad declarada.



Sobre esto no existieron reglas fijas la labor interpretativa osciló entre dar prioridad a las palabras o a la intención, haciendo una interpretación literal o subjetiva, respectivamente. Sin embargo, es posible dar algunas pautas más o menos generales. Así en los actos ínter vivos parece dominar la interpretación objetiva, la que tiene en cuenta las palabras en su sentido propio según el negocio de que se trata, en los negocios mortis causa, como todo depende de la voluntad unilateral del disponente, la interpretación debe tratar de establecer con precisión esa voluntad, por tanto, será importante las palabras empleadas, pero el elemento decisivo será la voluntad, la interpretación objetiva deberá ser complementada decisivamente por la subjetiva”.¹²

2.2 Elementos del contrato

Que son el consentimiento, el objeto, por lo que corresponde no tiene que haber, dónde a los elementos de validez, que se refiere a la ausencia de vicios de la voluntad tales como el error, la mala fe, la violencia, la lesión; además debe existir capacidad de las partes y formalidad conforme a lo dispuesto por la ley, así como licitud en el objeto motivo, fin o condición.

Por su parte, la lesión: Es la obtención de un lucro indebido desproporcionado, el motivo o fin o condición: es el espíritu que debe tener nuestro contrato, además de tener una condición del derecho, por su parte el consentimiento: es la voluntad del deudor para obligarse, además que dicho consentimiento deberá ser de mutuo acuerdo. Lo que implica que exista un interés jurídico, dicha voluntad tendrá que ser seria y precisa, exteriorizada en forma tácita o expresa teniendo un determinado contenido.

2.2.1 Manifestación del consentimiento

Es tácito y expreso, por lo que corresponde a la primera manifestación es tácita a diferencia de la voluntad una obligación no se dice nada, y por lo que concierne a la forma expresa será de forma escrita en la que se plasmará dicho consentimiento.

¹² <http://usacderecho.blogspot.com/2011/03/interpretacion-de-los-contratos.html>



2.2.2 La formación del consentimiento entre presentes

Permite que la oferta sufra modificaciones de tal manera que aunque el oferente no está obligado a sostenerla por su propio interés acepta esas modificaciones y se llega a ese consentimiento, y de ahí deriva una oferta sin fijación de plazo en el cual el oferente que de obligado, si su oferta se recibe de inmediato salvo pacto en contrario.

- **Oferta con plazo:** En dicha cuestión el oferente queda obligado hasta la expiración del plazo.
- **Oferta por teléfono:** En esta se considera que los contratantes están frente a frente.

2.2.3 La formación del consentimiento entre no presentes

Tenemos al sistema de la declaración de la voluntad, en el cual es aquel acuerdo de la voluntad se exterioriza, o se concreta tan pronto el destinatario recibe la oferta y se adhiere a ella.

- **El sistema de expedición**

Se refiere a que el destinatario haga saber su conformidad de la oferta por algún medio de comunicación.

- **Sistema de recepción**

No basta con el propósito del mensaje o correo, es necesario que llegue a su destino, el contrato se forma al momento en que el proponente recibe la aceptación.



- **El sistema de información**

En dicha cuestión el consentimiento se forma en el momento que el oferente se entera del contenido de la aceptación.

Otro elemento del contrato: Es el objeto de dar o el hecho que el obligado debe hacer o dejar de realizar determinada conducta, y encontramos con el objeto directo que es la creación o transformación de derechos y obligaciones; estas pueden ser reales o personales, y el objeto indirecto debe estar representado por la cosa, el hecho o abstención.

2.2.4 Los requisitos del objeto en obligación de dar

Tienen que estar en la posibilidad física, jurídica y debe ser determinado e indeterminado.

Los vicios del consentimiento o ausencia de la voluntad. Error, que es un falso concepto de la realidad, dicho conocimientos son equivocados de una cosa, además de ser una inadecuación de algo o de alguien en la realidad, dicho error produce la inexistencia del contrato, cabe mencionar que el error se divide en: error de derecho, error de hecho así como el error de la persona.

Por ejemplo el error de derecho, cuando una persona contrata con un menor de edad pensando que era mayor.

Dolo. Se entiende por dolo cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes, dicho dolo puede provenir de alguna de las partes o de algún tercero, además produce nulidad relativa del acto, puede pedir la nulidad la parte que sea afectada por este vicio.



2.3 Regulación Legal

2.3.1 Definición de contrato según el Código de Trabajo

De acuerdo con el Artículo 19 del Código de Trabajo, en mención. “Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligado a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o ejecutarle una obra personalmente, bajo la dependencia continuada y la dirección inmediata o delegación de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma...”

El contrato de trabajo fue regulado en el Código de Trabajo en el año de 1947 en el Decreto 330 en el Título II Capítulo primero; en el Código de Trabajo vigente Decreto 1441 se encuentra regulado también en el Título II Capítulo I al igual que su ubicación en los Códigos de Trabajo, son pocas las modificaciones que ha sufrido estos dos Decretos.

Para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina en Artículo 19 de Decreto 1441.

“Siempre que se celebra un contrato individual de trabajo y alguna de las partes incumpla sus términos antes que se inicie la relación de trabajo, el caso se debe resolver de acuerdo con los principios civiles que obligan al que ha incumplido a pagar los daños y perjuicios que haya causado a la otra parte, pero en juicio respectivo es de competencia de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, los que deben aplicar sus propios procedimientos.”¹³

¹³ López Larrave, Mario. **Contrato de trabajo por tiempo indefinido, a plazo fijo y por obra determinada.** Pág.8.



Toda prestación de servicios o ejecución de obra que se realice conforme a las características que especifica el artículo precedente, debe regirse necesariamente en sus diversas fases y consecuencias por las leyes y principios jurídicos relativos al trabajo.

El patrono puede consentir que las leyes y principios de trabajo se apliquen desde la celebración del contrato individual de trabajo, aunque no se haya iniciado la relación de trabajo. El contrato individual de trabajo, como lo ordena en Artículo 20 del Código de Trabajo, obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino:

A la observancia de las obligaciones y derechos que el cuerpo de leyes mencionado o los convenios internacionales ratificados por Guatemala, determinen para las partes de la relación laboral, siempre, respecto a estos últimos, cuando consignent beneficios superiores para los trabajadores a los del Código; y a las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley.

Las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamentalmente o permanente, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa. Dicha prohibición debe entenderse únicamente en cuanto a la relaciones de trabajo que, en todo o en parte, tengan condiciones superiores al mínimo de protección que el Código de Trabajo otorga a los trabajadores.

Son condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra: la materia u objeto; la forma o modo de su desempeño; el tiempo de su realización; el lugar de ejecución y las retribuciones a que esté obligado el patrono.

Si el contrato individual de trabajo no se determina expresamente el servicio que deba de prestarse, el trabajador queda obligado a desempeñar solamente el que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición física, y que sea del mismo



género de las que formen el objeto de negocio, actividad o industria a que se dedique el patrono.

En todo contrato individual de trabajo, deben entenderse incluidos por lo menos las garantías y derechos que otorguen a los trabajadores la Constitución, el presente Código, sus reglamentos y las demás leyes de trabajo y previsión social.

La falta de cumplimiento del contrato individual de trabajo o de la relación de trabajo sólo obliga a los que en ella incurran a la responsabilidad económica respectiva, o sea a las prestaciones que determinen este Código, sus reglamentos y las demás leyes de trabajo o de previsión social, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción contra las personas.

El contrato individual de trabajo, según el Artículo 25 de Código de Trabajo, “puede ser:

- Por tiempo indefinido, cuando no se especifica fecha para su terminación;
- A plazo fijo, cuando se especifica fecha para su terminación o cuando se ha previsto el acaecimiento de algún hecho o circunstancia como la conclusión de una obra, que forzosamente ha de poner término a la relación de trabajo. En este segundo caso, se debe tomar en cuenta la actividad del trabajador en sí mismo como objeto del contrato, y no el resultado de la obra; y
- Para obra determinada, cuando se ajusta globalmente o en forma alzada el precio de los servicios del trabajador desde que se inician labores hasta que éstas concluyan, tomando en cuenta el resultado del trabajo, o sea, la obra realizada.”

Aunque el trabajador reciba anticipos de buena conducta de los trabajos ejecutados o por ejecutarse, el contrato individual de trabajo debe entenderse para obra determinada, siempre que se reúnan las condiciones que se indicaron.



Todo contrato individual de trabajo, según el Artículo 26 del Código de Trabajo, “debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario”.

Deben tenerse siempre como contratos a plazo indefinido, aunque se hayan ajustado a plazo fijo o para obra determinada, los que se celebren en una empresa cuyas actividades sean de naturaleza permanente o continuada, si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen.

En consecuencia, los contratos a plazo fijo y para obra determinada tienen carácter de excepción y sólo pueden celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar.

El contrato individual de trabajo puede ser verbal según el Artículo 27 del Código de Trabajo, “cuando se refiera:

- A las labores agrícolas o ganaderas;
- Al servicio doméstico;
- A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de sesenta días; y
- A la prestación de un trabajo para obra determinada, siempre que el valor de ésta no exceda de cien quetzales, y si se hubiera señalado plazo para la entrega siempre que éste no sea mayor de sesenta días.

En todos estos casos el patrono queda obligado a suministrar al trabajador, en el momento en que se celebre el contrato, una tarjeta o constancia que únicamente debe contener la fecha de iniciación de la relación de trabajo y el salario estipulado y, al vencimiento de cada período de pago, el número de días o jornadas trabajadas, o el de tareas u obras realizadas”.

Según el Artículo 28 del Código de Trabajo, preceptúa: “En los demás casos, el contrato individual de trabajo debe extenderse por escrito, en tres ejemplares: uno que debe



recoger cada parte en el acto de celebrarse y otro que el patrono quede obligado a hacer llegar al Departamento Administrativo de Trabajo, directamente o por medio de la autoridad de trabajo más cercano, dentro de los quince días posteriores a su celebración, modificación o novación”.

El contrato escrito de trabajo, según el Artículo 29 Código de Trabajo mencionado, “debe contener:

- Los nombres, apellidos, edad, sexo, estado civil, nacionalidad y vecindad de los contratantes;
- La fecha de la iniciación de la relación de trabajo;
- La indicación de los servicios que el trabajador se obliga a prestar, o la naturaleza de la obra a ejecutar, especificando en lo posible las características y las condiciones del trabajo;
- El lugar o los lugares donde deben prestarse los servicios o ejecutar la obra;
- La designación precisa del lugar donde viva el trabajador cuando se le contrata para prestar sus servicios o ejecutar una obra en lugar distinto de aquel donde viva habitualmente;
- La duración del contrato o la expresión de ser por tiempo indefinido o para la ejecución de obra determinada;
- El tiempo de la jornada de trabajo y las horas en que debe prestarse;
- El salario, beneficio, comisión o participación que debe recibir el trabajador; si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera y la forma, periódica y lugar de pago.

En los casos en que se estipule que el salario se ha de pagar por unidad de obra, se debe hacer constar la cantidad y calidad de material, las herramientas y útiles que el patrono convenga en proporcionar y el estado de conservación de los mismos, así como el tiempo que el trabajador pueda tenerlos a su disposición. El patrono no puede exigir del trabajador cantidad alguna por su concepto de desgaste normal o destrucción accidental de las herramientas, como consecuencia de su uso en el trabajo;



- Las demás estipulaciones legales en que convengan la partes;
- El lugar y la fecha de celebración del contrato;
- Las firmas de los contratantes o la impresión digital de los que no sepan o no puedan firmar, y el número de sus cédulas de vecindad.

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social, debe imprimir modelos de contratos para cada una de las categorías de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de esta disposición”.

Según Artículo 30 del Código de Trabajo preceptúa “la prueba plena del contrato escrito, según Artículo 30 del Código de Trabajo, sólo puede hacerse con el documento respectivo. La falta de éste o la omisión de alguno de sus requisitos se debe imputar siempre al patrono y si a requerimiento de las autoridades de trabajo no lo exhibe, deben presumirse, salvo prueba en contrario, ciertas las estipulaciones de trabajo afirmadas por el trabajador.

El contrato verbal se puede probar por los medios generales de prueba y, al efecto, pueden ser testigos los trabajadores al servicio de un mismo patrono”.

2.3.2 Definición del contrato en el Código Civil

Desde el punto de vista legal, ya que éste rige la forma de acordar y plasmar la voluntad de las partes; para ello el Código Civil guatemalteco, establece que: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación.”

Desde el punto de vista histórico, se puede observar que las diferentes definiciones que existen, contienen el espíritu del contrato intacto; por lo que si se trata de precisar, ya el Código Civil francés en el Artículo 1101, lo explica como. “Una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a hacer o a no hacer alguna cosa.”



Una definición más moderna establece que es. “Un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones y derechos reales o personales.”¹⁴

Con estas definiciones se puede observar que el contrato se refiere al nacimiento de derechos y obligaciones que conceden y establecen los particulares, con el fin de obtener beneficio para cada una de éstos dependiendo del lugar que ocupen en la relación jurídica que surja del contrato desde ese momento.

2.4 Sistema de contratación

Los sistemas de contratación, han sido definidos como “los diferentes criterios con que en cada legislación se determina la base fundamental a que ha de ajustarse la formación de los contratos.”¹⁵ Entre los sistemas de contratación se encuentran los siguientes: formalistas, consensuales y ecléctico o moderno, los cuales se describen a continuación.

2.4.1 Formalista

Este sistema fue el primero en aplicarse entre los pueblos antiguos, se caracteriza por la exigencia de requisitos de índole esencial, los cuales eran necesarios para la posterior existencia y validez de los contratos. En las legislaciones orientales la contratación formalista tuvo una naturaleza eminentemente religiosa; por otra parte, para la romana y germánica fue totalmente de carácter civil.

2.4.2 Consensual

Nace como consecuencia de la aplicación del sistema formalista por los romanos y germanos, pues estos tenían ya una forma para realizar la contratación, lo cual no representó ningún problema hasta que surgieron relaciones por medio de las cuales las

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, volumen IV, pág.7

¹⁵ Puig Peña. *Compendio de derecho civil español*; tomo III, pág. 331.



partes involucradas se obligaban a alguna cosa, pero además contenían ciertas características que las hacían diferentes y complejas, lo cual dio como resultado un aumento de las relaciones no previstas anteriormente entre los particulares.

Lo anterior implicó que las personas comenzaran a utilizar su consentimiento en las relaciones de las cuales participaban, dejando atrás la carga que les imponía el formalismo, de esa manera, los pactos contractuales que nacían entre los pobladores de esas regiones principiaron a perfeccionarse a través de consensualismo independiente de la forma en la cual quedarán éstos expresados.

2.4.3 Sistema ecléctico o moderno

Surge de la necesidad que tienen las legislaciones actuales de asegurar a las partes que intervienen en un contrato de imprecisión que pueda surgir de éstos, cuando la forma en la cual deben constar no es esencial para su perfeccionamiento, pero sí lo es el consentimiento. Por lo anterior, hoy por hoy, el consensualismo no se acepta de forma pura en ningún ordenamiento legal, lo cual ha traído como consecuencia, la necesidad que la voluntad sea moldeada y pueda ser comprobada por medio de una forma escrita, permitiendo que en algunas ocasiones, y de manera excepcional baste solo el consentimiento.

2.5 Formas de los contratos

La doctrina así como algunas legislaciones, entre ellas la guatemalteca, coinciden en que la forma en la cual se pueden celebrar los contratos son varias. Antiguamente no se exigía una forma enfática o definitiva para hacerlos constar, bastando únicamente el consentimiento de las partes contratantes, quienes actuaban motivados por una causa jurídica y sobre un objeto concreto y determinado.

Lo anterior, trajo consecuencias que dañaban las relaciones contractuales y los derechos que pudieran tener terceras personas, pero también perjudicaban la



seguridad del contrato mismo y de quienes lo otorgaban. Estas causas suscitaron que diversas naciones consideraran incluir en sus legislaciones aspectos como exigir en algunos contratos una forma determinada especial como requisito solemne, o bien, forzar indirectamente el cumplimiento de una forma especial en contratos específicos.

Con relación a la normativa legal contractual, el Código Civil establece: "varias formas para contratar:

- Por escritura pública.
- Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar.
- Por correspondencia.
- Verbalmente".
- Inclusive el Artículo 1524 del mismo Código regula que los contratos pueden realizarse por teléfono.

Lo anterior brinda a los otorgantes cierta libertad contractual, misma que es restringida posteriormente por el mismo Código Civil, que pertenece con estas disposiciones dotar de seguridad legal a la contratación, esto se puede observar concretamente en lo preceptuado por los siguientes Artículos: 1575: El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito. 1576: Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. 1577: Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, si cuyo requisito esencial no tendrán validez, y entre aquellos denominados solemnes la propia ley estipula únicamente el mandato, la constitución de sociedad civil, la renta vitalicia y la donación de inmueble entre vivos.



2.6 Principios de la contratación laboral

2.6.1 Consensualismo

Es uno de los principios fundamentales que contiene la contratación, dentro del Código Civil guatemalteco lo encontramos definido en el Artículo que regula, los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez. En el mismo ordenamiento legal queda establecido, además, que una vez perfeccionado en contrato éste y todos aquellos aspectos que han sido convenidos previamente se vuelven obligatorios para las partes que los han consentido.

2.6.2 Autonomía de la voluntad

“Las personas capaces de obrar pueden obligarse en la medida que lo consideren pertinente y con las modalidades que convengan entre sí.”¹⁶ Es decir que la autonomía de la voluntad es la libertad que tienen las partes de crear y regular sus propios intereses, a través de la figura de un contrato, lo anterior es a lo que se le llama “libertad contractual o dogma de la autonomía de la voluntad.”¹⁷

2.7 Clasificación de los contratos

Actualmente el Código Civil, adopta esta clasificación:

- Principales y accesorios.
- Unilaterales y bilaterales.
- Gratuitos y onerosos.
- Conmutativos y aleatorios.

¹⁶ Cabanellas, **Diccionario Jurídico Universitario**, Tomo I, pág. 423.

¹⁷ Espin Cánova, Diego. **Manual de derecho civil español**, volumen III, pág.355.



- Consensuales y aleatorios, consensuales y reales.
- Típicos y atípicos.

El tratadista español Diego Espín Cárnovas también utiliza esta clasificación en el manual Derecho Civil Español.

2.7.1 Principales y accesorios

Son aquellos que existen por sí mismos. Por otra parte los contratos accesorios, son aquellos que están sujetos a un contrato principal para su subsistencia, por lo que si el principal es declarado nulo o bien es inexistente, también lo será el accesorio.

2.7.2 Unilaterales y bilaterales

Son aquellos en los cuales a partir de su otorgamiento sólo nacerán obligaciones para una sola de las partes. Los contratos bilaterales, son llamados también sinalagmáticos y se dan cuando las partes que intervienen en ellos se convierten recíprocamente en deudores y acreedora de la otra parte.

2.7.3 Gratuito y oneroso

Son aquellos cuya finalidad es obtener, de forma recíproca, beneficios o utilidades para las partes que intervienen de éstos, los cuales van a resultar de la aplicación del contrato que fue otorgado. Los contratos onerosos, son aquellos que persiguen ganancias que se obtenga sea únicamente para una de las personas que intervienen en éste.

2.7.4 Conmutativos y aleatorios

Constituyen una subdivisión de los onerosos, en los cuales se va a apreciar un beneficio o una pérdida cierta y determinada, desde el otorgamiento del contrato. Los



contratos aleatorios, también pertenecen a esta subdivisión y se refiere a aquellos que van a depender de alguna circunstancia o acontecimiento incierto, para que derive del contrato un aumento o un detrimento.

2.7.5 Consensuales y reales

Se trata de aquellas en los cuales para que su existencia sea válida, es necesario únicamente el mero consentimiento de las partes que intervienen en éste. Por el contrario, los contratos reales requerirán de la entrega previa de la cosa, objeto de éstos para su subsistencia.

2.7.6 Típicos y atípicos

Son los que se encuentran regulados expresamente en la ley. En consecuencia, los contratos atípicos, son aquellos que no se encuentran reglamentados de manera específica en un ordenamiento legal, por lo cual es necesario para la creación de alguno de éstos, aplicar analógicamente las reglas de los contratos típicos que sean afines.



CAPÍTULO III

3. La subcontratación de servicios

La subcontratación, es el proceso económico en el cual una empresa mueve o destina los recursos orientados a cumplir ciertas tareas hacia una empresa externa por medio de un contrato. Esto se da especialmente en el caso de la subcontratación de empresas especializadas. Para ello, pueden contratar sólo al personal, caso en el cual los recursos los aportará el cliente o contratar tanto el personal como los recursos.

El término subcontratación traduce una mejora en los servicios dentro de una economía en busca de progreso dentro de la apertura económica tratando de ser competentes en el comercio internacional.

Los términos asociados deslocalización y fronteriza implican la transferencia de empleos a otros países, si es que se subcontratan servicios con empresas extranjeras, o bien estableciendo una base en sitios fuera del país. La diferencia se encuentra en la relativa proximidad del país en cuestión (fronteriza) o su lejanía (deslocalización).

Por subcontratación se define la gestión o ejecución permanente de una función empresarial por un proveedor externo de servicios. La empresa subcontratante deberá transferir parte del control administrativo y operacional a la empresa subcontratada, de modo que ésta pueda realizar su trabajo apartada de la relación normal de la empresa subcontratante y sus clientes. La subcontratación también implica un considerable grado de intercambio bidireccional de información, coordinación y confianza.

Contratar los servicios de una empresa externa no es necesariamente subcontratación.

“Las organizaciones que ofrecen estos servicios creen que la subcontratación requiere la cesión de la responsabilidad corporativa para gestionar una porción del negocio. En teoría, esta porción no debería ser crítica para el funcionamiento de la empresa, pero la



práctica indica lo contrario a menudo. Muchas compañías contratan a empresas especializadas en la subcontratación para encargar la administración de las áreas más propicias a ello. Entre éstas se pueden encontrar las de informática, recursos humanos, administración de activos e inmuebles y contabilidad. Muchas empresas también subcontratan el soporte técnico al usuario y la gestión de llamadas telefónicas, manufactura e ingeniería. En resumen, la subcontratación está caracterizada por la especialización no intrínseca al núcleo de la organización contratante.

Los costos generales del servicio son comunmente menores si son subcontratados, permitiendo a muchas empresas, desde las de servicios a las de bienes de consumo, cerrar sus propios departamentos de relaciones con el cliente y externalizarlos a terceras empresas. La consecuencia lógica de estas decisiones fue la subcontratación de empresas en países con menores costes laborales; tendencia frecuentemente denominada deslocalización. Debido a esta demanda, los centros telefónicos de atención al cliente se han multiplicado en nuestro país, los muy conocidos call center.

Un término relacionado es el de la externalización de tareas (out-tasking): delegar una porción estrictamente delimitada del negocio a otro negocio, típicamente mediante un contrato anual o incluso de menor duración. Esto normalmente implica una gestión continua directa o indirecta, de la toma de decisiones, del contratante.

Es preciso establecer en forma adecuada lo que ha de entenderse por contrato de trabajo para establecer que la subcontratación en materia de derecho del trabajo no puede dar origen a otra relación distinta que no sea la de trabajo, por lo tanto, no podría generar la situación en la que contratante o empleador no pagara prestaciones laborales a quien va a prestar el servicio. Es importante asimismo agregar que el mismo Artículo del Código de Trabajo en el que se prohíbe la simulación, que es el Artículo 81, también contiene la solidaridad de obligaciones que han de asumir los empleadores que participaran en una subcontratación o tercerización de servicios por subcontratación.¹⁸

¹⁸ <http://www.monografias.com/trabajos65/subcontratacion-servicios-transitorios/subcontratacion-servicios-transitorios.shtml> 12/06/12.



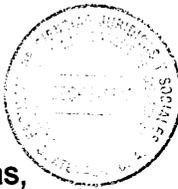
3.1 Antecedentes históricos

La empresa como se conoce actualmente, se inició o desarrolló con la revolución industrial. La idea primordial era crecer; éxito significaba una empresa grande y completa. Las compañías grandes norteamericanas eran el prototipo de la época. Se pensaba que tenían que estar totalmente integradas en forma vertical y debían poseer todos sus recursos para funcionar. Durante los años treinta hubo depresión económica y se pensó que las compañías no eran suficientemente grandes iniciándose una era de inversión de recursos para mayor crecimiento y desarrollo en las empresas.

Luego en las décadas de los sesenta y setenta hubo mayor desarrollo tecnológico y los recursos para la producción tenían que ser especializados para tener éxito. La producción en serie, característica de la economía de inicios de los años sesenta, fue cada vez más difícil. Hubo desplazamiento hacia la tecnología flexible que promueve la diversidad y satisface el deseo del cliente. Es aquí donde las empresas empiezan a sentir la necesidad de descentralizar todas sus actividades recurriendo a los servicios de otras empresas expertas para ser más funcionales y económicas en sus servicios al cliente.

“A mediados de los años ochenta una corriente en el outsourcing, empezó a tomar fuerza. Esta teoría originada en Inglaterra, planteaba la opción de contratar servicios externos para algunos procesos de producción. Si bien tuvo sus enemigos, también contó con sus defensores, muchos de los cuales la ubican como el antecedente de la tendencia de los años noventa hacia contratar servicios externos de personal que proveen empresas especializadas. En la actualidad la corriente organizacional ha cambiado hacia la reubicación de recursos y servicios que permiten la maximización y especialización de los negocios.

En algunos países de América Latina, se inicia hace más de cuarenta años cuando las compañías contrataban los servicios de vigilancia y limpieza, más tarde los de comedor y mantenimiento, hasta llegar a nuestros días a áreas de reclutamiento y selección de



personal, relaciones públicas, sistemas de información, mantenimientos de sistemas, procesamiento de datos entre muchas otras.”¹⁹

En América Latina, está tomando más auge teniendo variaciones en cada país. En Guatemala esta tendencia crece debido a sus varias ventajas. La subcontratación presenta varias modalidades, las cuales pueden ser clasificadas por el tipo de contrato efectuado.

3.2 Naturaleza legal

El Código de Trabajo, regula en el Artículo 5: “intermediario es toda persona que contrata en nombre propio los servicios de uno o más trabajadores para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. Este último queda obligado solidariamente por la gestión aquel para con el o los trabajadores, en cuanto se refiere a los efectos legales que se deriven de la Constitución; del presente Código; de su reglamentos y demás disposiciones aplicables. No tienen carácter de intermediario y si de patrono, el que se encargue por contrato, de trabajos que ejecute con equipos o capitales propios.”

Si bien es cierto que el Código de Trabajo no tiene un Artículo específico de la Subcontratación, se da mucho en el ámbito laboral, sin embargo el Artículo 81 último párrafo preceptúa: “Se prohíbe la simulación del período de prueba, con el propósito de evadir el reconocimiento de los derechos irrenunciables de los trabajadores y los derivados del contrato de trabajo por tiempo indefinido. Si una o varias empresas contrataren trabajadores para prestar sus servicios a otra empresa, esta última será responsable frente a los trabajadores afectados, de conformidad con la ley.”

Ya que la subcontratación la podemos entender en una de las formas mas corrientes de definirse, como el acuerdo que se celebra entre una persona o empresa con un contratista, para que el mismo realice determinados trabajos aportando sus propios

¹⁹ West, Matilda, **Todos ganan**, pág. 36.



conocimientos, herramientas, capitales y personal. Esta definición se ajusta por ejemplo a las prácticas prevalecientes en la industria de la construcción en donde una persona o empresa que es dueño de la obra contrata una construcción civil con un constructor o arquitecto (el contratista), quien a su vez subcontrata partes de la obra con diversos gremios (albañiles, pintores, plomeros, electricistas, etc.).

Una buena parte de estas formas de subcontratación son el resultado de transacciones entre empresas con capacidad económica y autonomía jurídica, tecnológica y organizacional; por tales motivos, permanecen al campo del Derecho de las Obligaciones Civiles y no correspondería examinarlas desde el punto de vista del Derecho de Trabajo. Sólo deberían interesarnos aquellas modalidades o prácticas cuyo objeto principal o cuyo efecto es la prestación de trabajo en condiciones semejantes a las de una relación de trabajo subordinada, pues éste es el presupuesto socioeconómico indispensables para que se aplique el Derecho del Trabajo.

“Sin embargo, aún cuando parece relativamente fácil poder conceptualizar la diferentes formas de subcontratación, la realidad también nos enseña que en la práctica existen numerosas modalidades que pertenecen a una zona gris, siendo muy difícil identificar a qué tipo de subcontratación corresponden, y aún más difícil determinar cuándo tienen de laboral y cuándo de civil.”²⁰

La subcontratación tiene por objeto una actividad o servicio cuyo suministro o gestión se aseguran por una empresa contratista con su propio personal. Además aún cuando las tareas subcontratadas se llevan a cabo dentro del recinto de la usuaria, en la mayor parte de los casos no se dan situaciones de relacionamiento directo entra la empresa usuaria y la mano de obra de la prestadora de servicio. De ahí que en una inmensa mayoría de casos no parecería que deba haber motivos para cuestionar la autenticidad de la subordinación, ni tampoco para pretender que los trabajadores del prestador de servicios deban ser asimilados a los de la empresa usuaria. Sin embargo, también es

²⁰ S. Brontein, Arturo, **La subcontratación laboral**, pág. 20.



claro que esta práctica tiene como efecto secundario la ruptura de la unidad del colectivo laboral en la empresa usuaria.

El costo de la mano de obra que emplea directamente la empresa usuaria, sumando al carácter más o menos rígido de la legislación laboral y que limita las posibilidades que tiene el empleador de ajustar su planilla de personal en función de sus ciclos de actividad. Estos factores inducen a que la empresa defina su planilla permanente dentro de los límites de los que considera indispensable para operar en condiciones de baja actividad.

Sin duda la más importante desigualdad de trato con respecto a los empleados de la empresa usuaria, para la cual directa o indirectamente prestan servicios. Cuando la relación jurídica en la que son parte asume la forma de una subcontratación de mano de obra, los trabajadores de la empresa subcontratista casi siempre son reclutados con salarios y condiciones de trabajo inferiores a aquéllos de la empresa usuaria, que a menudo ejecutan tareas similares o equivalentes.

En todos los casos relativos a la subcontratación la legislación agrega por lo general un requisito para que el empleador sea reconocido como tal: entre la persona que presta el servicio y quien lo recibe y lo remunera, debe existir un contrato de trabajo, el que puede ser tácito, oral o escrito. Ahora bien, lo que caracteriza al trabajo en régimen de subcontratación consiste precisamente en que el trabajador ejecuta un trabajo subordinado en beneficio de una empresa usuaria, con la cual no tiene un contrato de trabajo. De ahí que si bien la subordinación es en sí misma un negocio legítimo la legislación laboral en América Latina se ha preocupado por sancionar aquéllas formas de subcontratación que persiguen un propósito de fraude laboral en perjuicio de los trabajadores de la empresa usuaria que trabajan en un régimen de subordinación, es decir de quiénes prestan trabajo subordinado para ésta sin que se les reconozca calidad de asalariados de la misma.



3.3 El riesgo de la deslaborización o informatización laboral

“Para algunos ideólogos de la desregulación laboral, la deslaborización o sustracción de la relación de trabajo del campo de aplicación de un derecho especial garantista, era y sigue siendo un ideal, y ciertos aspectos de las reformas que se le hicieron a esta legislación laboral, en los años ochenta y noventa, junto con el nuevo espíritu jurisprudencial y la lógica agresiva del capital, permitieron o determinaron una notable expansión de este fenómeno, cuya dinámica no se agota aún.

La deslaborización o informalización laboral, para algunos autores, puede entenderse como la ausencia del contrato de trabajo en la prestación laboral, porque éste no puede invocarse legalmente o no se establece de facto, lo cual implica que el trabajador no se beneficia de los derechos y protecciones, típicamente ligados a la noción jurídica. Pero, también puede concebirse como la inexistencia parcial de estos derechos, se dé o no un contrato laboral, en cuyo caso se podría hablar de grados de deslaborización o informalización laboral.

La forma más acabada de deslaborización se encuentra en el autoempleo, o en aquellas situaciones en las que un trabajador ejecuta, dentro de una relación de subordinación, una determinada actividad para una empresa, en la que se tiene por comercial o civil, el carácter del contrato entre él y ella. Es una forma perfecta de deslaborización, en la medida en que donde hay, con toda evidencia, una relación típica de trabajo, se instituye una relación comercial o civil formalmente reconocida. Aquí, el trabajador está carente de toda prestación social, salvo que voluntariamente, o en algunos casos forzado por la ley, personalmente financie una afiliación a un servicio privado de salud o pensión de vejez. Esta subcontratación, deslaborizada por excelencia, ha prosperado en las empresas privadas así como en las entidades públicas, y su expansión puede reaccelerarse por dos causas:

- El offshoring de servicios (trabajo para empresas situadas en el extranjero), personales o microempresarial, en materia de servicios técnicos y profesionales,



que de forma espontánea está surgiendo y puede reforzarse por las políticas iniciadas por algunos gobiernos.

- En general, por el conjunto de las políticas de emprendimiento tan generalizadas y promocionadas, y que se traducen en muy alta proporción, en microempresas precarias que se agolpan en la frontera del autoempleo dependiente.

La deslaboralización más descarnada, cuando no la más acabada, es la que se da en las empresas (micro o famiempresas) informales que subcontratan, habitualmente trabajos de maquila, con empresas del sector formal de la economía. Estas unidades productivas cautivas, (por lo que son sometidas a condiciones comerciales y productivas impuestas por sus escasos clientes), constituyen el eslabón inferior de una cadena de subcontratación de actividades y laboral, que a veces se proyecta en el mercado mundial. Pueden representar en algunos casos, como es el de la confección, hasta la mitad de toda la producción del sector. El bajo nivel de sus entradas es la principal razón de su mantenimiento en la informalidad, porque no les permite pagar salarios mínimos legales, ni las cotizaciones de seguridad social de sus trabajadores (familiares en su mayoría), y menos, tributos comerciales. La única protección social, a la que cierta proporción de los dueños de estas empresitas y sus trabajadores acceden, es a los programas de salud asistencialistas, o a la protección en salud de los sistemas contributivos (cuando pueden llegar a ser beneficiarios del seguro de su cónyuge laboralmente formalizado/a).

El surgimiento de las cooperativas ficticiamente productivas en los mecanismos de subcontratación, ha constituido otra fuente de deslaboralización, que por un momento, en algunos países de la región (Perú y Colombia), han tenido un auge arrollador. Han venido interviniendo, de hecho, en el mercado de trabajo, como entidades de intermediación laboral y en competencia desleal con las empresas de trabajo temporal. Crean una relación triangular que, a diferencia de estas últimas, no incorpora ninguna relación jurídica de índole laboral, puesto que la relación de los trabajadores con la empresa que usa su fuerza de trabajo, no es reconocida como laboral, y la que los vincula a la cooperativa, es la de asociado.



Las regulaciones que pudieron darse recientemente para evitar los abusos más escandalosos de estas cooperativas, como las dictadas recientemente en Colombia, (consistente en la obligación de pagar a sus asociados, lo equivalente a los mínimos legales en materia de salarios y prestaciones sociales y de afiliarlos a los sistemas de protección social), no cambia la naturaleza de las relaciones triangulares, ni les otorga a los trabajadores la totalidad de los derechos de la legislación laboral vigente. Dichas regulaciones han frenado el movimiento de creación, y han eliminado aquellas que no se pudieron ajustar a las nuevas normas. Sin embargo, los que se ajusten a las mismas, distan de ser auténticas cooperativas de producción y seguirán cumpliendo funciones de intermediación laboral.

Hay otras formas de subcontratación que deslaboralizan, como una tradicional que resucitó en Colombia: el contrato sindical. Este tipo de contrato, vieja figura del derecho colectivo del trabajo, hibernó casi por un siglo, representando, lo que en la teoría de la evolución se llama, preadaptación. Se reactivó en los últimos en Colombia cuando se detuvo el uso desaforado de las cooperativas de trabajo asociado. Su resurgimiento pujante se está dando, en particular, en el sector de la confección, profundamente marcado por la subcontratación productiva y la reducción a una expresión mínima, del sindicalismo. La reglamentación actual obliga a ciertos mínimos laborales, pero no garantiza unos plenos derechos laborales y una protección social completa.

3.3.1 El riesgo de los bajos ingresos laborales

A medida que las empresas acuden a la subcontratación, y en particular a la laboral, con el propósito de reducir el nivel general de sus costos, no ha de sorprender que los ingresos laborales de los trabajadores involucrados en la subcontratación sean bajos, y mucho más que el de todos aquellos que no lo estén. Estos ingresos son reprimidos, en estos ingresos la remuneración laboral básica es inferior, a menudo no perciben todas las prestaciones legales y, prácticamente nunca, los beneficios materiales adicionales que brindan las convenciones colectivas.



Otro componente del riesgo relacionado con el ingreso laboral es, en la mayoría de los casos, su fluctuación, aquella que los trabajadores con contrato laboral formal no suelen padecerlo. En las demás modalidades o formas particulares, (informalidad y autoempleo), puede llegar a ser muy amplia. Por ejemplo, en Colombia, para la mitad de los trabajadores de las unidades productivas de la maquila informal de la confección, la variación es extrema: durante varios meses del año quedan totalmente sin trabajo y, por supuesto, sin ingreso alguno.

3.3.2 El riesgo de la desprotección social

El modelo de bienestar latinoamericano aún vigente se inspiró del europeo. Pero se trasladó a esta región imperfectamente, en general con coberturas incompletas y seguros de desempleo casi inexistentes (V. Tockman, 2006). Pero en rigor, en Europa son tres los regímenes de protección social que se conformaron a principios del siglo pasado: el liberal en los países anglosajones, el social-demócrata en los escandinavos, y el conservador-corporatista, de origen bismarckiano que se arraigó en los demás países. Pues bien, el modelo que influyó en América Latina es este último, que se diferencia del social-demócrata (el más favorable de los tres), entre otras características, son destacables: el principio de funcionamiento, el criterio de acceso a las prestaciones y el modo de financiamiento. En estos tres aspectos el modelo conservador-corporatista contrasta con el socialdemócrata en el principio de universalidad vs. de contributividad; acceso en virtud de la ciudadanía vs. el empleo o la relación de trabajo; financiamiento por el impuesto vs. gracias a las cotizaciones del patrono y el trabajador.

De allí se desprende que al caerse la relación de trabajo, ipso facto el trabajador queda despojado de toda la protección social vinculada a la misma. Ello permite ver también que las estrategias de lucha contra la subcontratación están condicionadas por las particularidades básicas del modelo de bienestar.



En el punto anterior, se han visto las formas y grados diversos en que la protección social (esencialmente, salud, pensión de vejez y subsidios de desempleo) estaba afectada por cuatro modalidades de subcontratación o tercerización laboral: el falso autoempleo, que implica una relación de trabajo real negada, la subcontratación productiva informal, las cooperativas de intermediación y, por lo menos en el caso colombiano, los contratos sindicales. En las dos primeras modalidades de subcontratación, es en las que la deslaboralización acarrea la mayor desprotección social. Hay otras modalidades de subcontratación, no deslaboralizante (por cuanto su prestación laboral no implica a la luz de los principios del derecho laboral relación de trabajo), que no obstante sustraen del régimen dominante de prestación social. Es el caso, de los trabajadores realmente autónomos; es decir, aquellos individuos que realizan trabajos para un número de empresas tal que no llegan a depender de ninguna para garantizar un flujo de actividades e ingresos decentes.

3.3.3 El riesgo de la discriminación laboral

La deslaboralización, con sus consecuencias negativas sobre los derechos laborales y la protección social, la misma desaparición de esta protección o su cercenamiento, y la mayor exposición a los riesgos que quedan por describirse, configuran de por sí una situación de discriminación frente a los trabajadores que se benefician de un contrato tradicional.

Estos trabajadores constituyen segmentos relativamente cerrados, los cuales, según su definición científica, no sólo tienden a reproducirse como tales a nivel del mercado de trabajo, sino que hacen difícil la evasión de sus integrantes hacia mejores situaciones laborales. De suerte que el mayor riesgo de esta discriminación, no es sufrirla por un tiempo, sino durante toda vida laboral.

En conjunto, y desde el punto de vista del nivel de ingresos y la protección social, los trabajadores que soportan mayor perjuicio son, sin duda, los de las microempresas subcontratistas del sector informal, y los autónomos aparentes. Pero es en ciertos



talleres fabriles y oficinas terciarias donde la segmentación discriminatoria se percibe y salta a la vista en la forma más impactante. Allí, en espacios contiguos, o incluso entremezclados, trabajadores pertenecientes a tres grupos de condiciones de empleo e identidades laborales distintas, realizan idénticas o similares actividades. El primero de estos grupos está constituido por los trabajadores más veteranos (que se vincularon antes de las primeras desregulaciones laborales), por lo que siguen protegidos por la vieja legislación que, entre otras ventajas, les garantiza una alta estabilidad en el empleo; se valen también de los beneficios convencionales, cuando hay convención colectiva; y constituyen el principal pilar del sindicato. El segundo, es el de los trabajadores más jóvenes vinculados a tiempo indefinido, pero no tan bien protegidos contra el despido por la nueva legislación laboral; a veces y en cierta proporción están cubiertos por las convenciones colectivas. El tercero, lo conforman los trabajadores tercerizados que nos ocupan, y están en la peor situación laboral, aquejados, en particular, por salarios notablemente inferiores. Ellos son temporales en misión de las empresas de trabajo temporal, o trabajadores proporcionados por cualquier otro mecanismo de intermediación (asociados de cooperativas y sindicalistas bajo contrato sindical, entre otros). Desde luego, están excluidos de los posibles beneficios convencionales. A ellos, por la discriminación que padecen, hay que agregarles los trabajadores temporales directamente contratados por la empresa.

3.3.4 El riesgo de insolvencia del empleador formal

En general, las empresas o entidades subcontratistas o que intervienen en la intermediación laboral, son mucho más pequeñas, con reducidos activos y rendimientos inferiores, y financieramente más frágiles que las empresas principales que se benefician de este fenómeno. Por otra parte, y en la medida en que ellas son el producto de estrategias de flexibilización, que responden al deseo de externalizar el costo de la fluctuación de la producción, son las primeras en encajar el golpe de la caída de la demanda y en aguantarlo, mientras la misma no se recupere.



Luego, la combinación de estos dos factores, hace que los riesgos de insolvencia de estas empresas o entidades sean elevados y su materialización frecuente. Los créditos causados o exigibles por conceptos de salarios, prestaciones sociales o indemnizaciones de los trabajadores involucrados en la subcontratación, corren el peligro de perderse, máxime si su relación es deslaboralizada, puesto que en este caso, aquellos créditos no se benefician del privilegio de pago prioritario en el momento de liquidación de la empresa.

Esta insolvencia se constituye en riesgo para el trabajador, igualmente en los casos de omisión, que se oculta con la intención fraudulenta o la imposibilidad material de cumplir con los pagos de las cotizaciones sociales y los tributos parafiscales sobre nómina. La insolvencia imposibilita obtener las compensaciones materiales a los correspondientes perjuicios causados.

3.3.5 El riesgo del desempleo recurrente

Las economías abiertas a la competencia externa y dotadas de una legislación laboral flexibilizada, adolecen de un desempleo específico (teóricamente de corta duración) que expresa una de las estrategias de ajuste del volumen de trabajo a la fluctuación de la demanda de productos o servicios a las empresas.

Por lo regular, las reformas a la legislación laboral de las décadas pasadas, desbloquearon este mecanismo de ajuste. Facilitaron el uso de la contratación laboral a término fijo, e incluso el despido de los trabajadores vinculados mediante contrato a término indefinido, que resultó ser una forma desmejorada (si no caricaturesca), del empleo típico de la época fordista anterior (aunque la más cercana al mismo, entre las que prosperan hoy día). Las modalidades de tercerización laboral triangular también implican temporalización.

Pero, la interrupción recurrente de la actividad laboral es un riesgo connatural a todas las demás modalidades vigentes de subcontratación laboral, incluso a la de los



trabajadores autónomos. Y si bien todo el empleo en las economías flexibles actuales, está expuesto a frecuentes interrupciones, está claro que el empleo vinculado a la subcontratación y contratación atípica carga con el mayor peso en este riesgo. Riesgo que es de los más graves, por cuanto repercute inmediatamente en el ingreso del trabajo y la protección social, y no existe en la región, ningún sistema eficiente de indemnización y subsidio de desempleo, ni siquiera para la economía formal.

3.3.6 El riesgo de la pérdida de los derechos colectivos

En todas partes, el sindicalismo ha retrocedido ante el avance de de la subcontratación y la contratación atípica, y las poblaciones laborales que han caído en su órbita han quedado excluidas, en una gran proporción, del ejercicio del conjunto de los derechos colectivos.

El sindicalismo se ha menoscabado en su magnitud y en su capacidad de acción, en la medida en que, de un lado, las poblaciones laborales involucradas en las nuevas modalidades jurídicas de inserción en el mercado laboral han crecido y las poblaciones típicas donde tiene su implantación originaria se han reducido relativamente y de otro, los sindicatos no han podido incorporar a sus filas estos nuevos trabajadores, o no han surgido entre estos últimos organizaciones propias.

La temporalidad, o falta de estabilidad en el empleo (común a todas las modalidades de subcontratación y deslaboralización), es uno de los factores explicativos de esta pérdida de facto de derechos colectivos. En efecto, este aspecto de su situación, junto con un entorno de altos niveles de desempleo hace que estos trabajadores sean muy sensibles a las presiones de los patronos para que no se organicen, y estas presiones son especialmente fuertes en las medianas y pequeñas empresas donde se concentran dichos trabajadores.

Otro obstáculo al ejercicio de estos derechos colectivos y que es consecuencia del fenómeno, radica en la segmentación de la clase trabajadora. Al lado del colectivo de



trabajadores tradicionales, aparecen nuevos colectivos con condiciones laborales inferiores e integrados por generaciones más jóvenes, todo lo cual tiende a generar identidades e intereses diferenciados. Estos hechos dificultan el acercamiento de los distintos colectivos a los procesos de organización, tales como su acuerdo en torno a los planes reivindicativos.

En América Latina, al ser el sindicalismo, en la mayoría de los países tradicionalmente, muy débil, las políticas de flexibilización y subcontratación lo han golpeado aún más fuerte que en otras regiones, al punto de haber desaparecido de algunos sectores donde había echado sólidas raíces.”²¹

3.4 Argumentos a favor

“La opinión versada a favor de la subcontratación se basa en un sólo objetivo:

Abaratar los costos de producción.

Dado que la subcontratación es también una fuente de competencia, permite a las empresas obtener menores costos de producción subcontratando a empresas que ofrezcan la mejor calidad a un menor precio. En particular, la subcontratación bajo licitación permite exhibir y exponer las mejoras de calidad de los productos cuya cadena de producción ha sido descentralizada. Otros medios de subcontratación, como la subcontratación de primera oferta y la subcontratación inmediata (no licitada) pueden mejorar la calidad de los productos, ya que usualmente enlazan con empresas subcontratadas de renombre, pero pueden conducir a un aumento del costo para el consumidor final.

²¹ <http://www.monografias.com/trabajos65/subcontratacion-servicios-transitorios/subcontratacion-servicios-transitorios.shtml>, 12/06/12.



Incluso hoy en día muchas marcas informáticas en América Latina, utilizan la subcontratación para reducir costos de los productos, así lo han indicado los estudios de la Organización de Naciones Unidas.

Gran parte del poder de la subcontratación radica en liberar a la empresa subcontratante de un costo de departamento, considerado como costo fijo por ejemplo, la capacitación de empleados en un área específica), reemplazándolo por el costo de operar con una empresa donde estos costos ya se han asumido: una empresa que por ende está más especializada en esta área en cuestión, y que para efectos económicos opera como un departamento dentro de la empresa subcontratante. Para las empresas subcontratadas, este poder se traduce en aumentar el alcance de mercado y la especialización en la tarea a la mano. En el corto plazo este nuevo alcance de mercado suele generar nuevos empleos.

Subcontratar este tipo de actividades relativas al proceso documental en una empresa (gestión, administración y control de documentos) puede llevar a:

- Reducción de los costos y del capital invertido.
- Utilización de las mejores prácticas y continua mejora de las mismas, gracias a la experiencia del proveedor del servicio subcontratado.
- Flexibilidad máxima con consecuente mejora de la productividad del negocio.”²²

²² <http://es.wikipedia.org/wiki/Subcontrataci%C3%B3n>, 25/06/12.



CAPÍTULO IV

4. La subcontratación de servicios como simulación de contratos de trabajo

4.1 Tercerización de servicios en materia laboral

Ahora que está tan de moda, la tercerización en algunas empresas y entidades oficiales, es importante saber de qué se trata.

Una de las medidas más polémicas que suelen realizar los gobiernos, es sin duda la tercerización de servicios. Esto es para que todos lo comprendan, contratar los servicios de un tercero (subcontratación), para realizar tareas que antes las realizaban los empleados de ese organismo público, es decir, es quitar a alguien lo que sabe hacer por un sueldo mensual, fijado por una escala y dárselo a una empresa que por el mismo servicio le cuesta al Estado entre doscientos a quinientos por ciento más. La justificación habitual frente a estos casos es que se obtiene resultados en tiempos más cortos mejorando la gestión y el servicio, esto puede justificarse en casos de salud, frente a necesidades realmente urgentes, pero tercerizar servicios de consultoría, de imagen institucional, de sistemas, programación, obras o confección de pliegos por mencionar algunos, resulta además de injustificable un gasto que causa un perjuicio al heraldo público y un beneficio a empresas privadas.

4.2 Historia de la tercerización

“Esta práctica empresarial tiene su apogeo en los comienzos de los años noventa, y a finales de los ochenta cuando una recesión global económica obligó a reducir costos, las pioneras fueron las empresas dedicadas en su mayoría a tecnologías, que no contaban con la estructura para sostener departamentos de atención al cliente, de tecnología o de recolección de datos. Esa tendencia fue creciendo en la medida que para achicar gastos las empresas tendían a prescindir de algunos departamentos como: informática, recursos humanos, administración de activos e inmuebles, contabilidad,



auditorias y comedores. Pero lo que en principio parecía una solución para reducir gastos, trajo aparejado para muchos de las empresas que recurrieron a estas medidas un progresivo deterioro en la calidad de los servicios otorgados en estos subcontratos, acompañado de un falta de compromiso de los empleados asignados a esas áreas para con las empresas al no estar contractualmente vinculados de forma directa y promoviendo la inestabilidad laboral. Como es de esperar, esto repercutió negativamente en los clientes, que no sienten obtener un trato correcto y terminan cambiando de empresa. Pero el punto más relevante de estas medidas económicas de corto éxito, es que grandes empresas mundiales, han tenido que enfrentar demandas y serios inconvenientes, cuando algunos de estos empleados subcontratados cometieron distintos fraudes, desde robo de identidad, venta de datos confidenciales, hasta estas fases económicas.

Quienes defienden esta medida, aseguran que además de reducir costos, las empresas pueden enfocar sus recursos a los puntos en los que realmente son fuertes, ya que consideran que difícilmente una empresa sea óptima en todos los sectores. Con esto, las empresas que se dedican a ofrecer servicios de tercerización compiten en un hipotético mercado donde existiría para quien busque delegar servicios un amplio espectro de oferentes compitiendo en precio y calidad. Las desventajas las enunciamos en cuanto a la seguridad de la información a la que tendrán acceso estas empresas, la falta de compromiso de los empleados ajenos a la que contrata, una baja en la calidad, una menor comunicación directa entre la empresa y el cliente al existir un intermediario con estructura propia y especialmente una inestabilidad laboral de los trabajadores desplazados de las áreas tercerizadas.

La experiencia local en cuanto a tercerizar distintos servicios en el mercado local se encuentra presente en casi todas las grandes empresas, tanto de servicios como en algunas áreas gubernamentales. Pero a diferencia de lo que hemos señalado anteriormente con total objetividad, ha generado en empresas de servicios privadas más de un problema a los clientes, que suelen padecer sus servicios, abundan los pedidos de personal para trabajos en call center, y empresas como Telefónica de



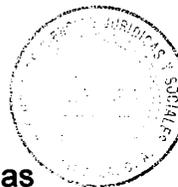
Argentina poseen servicios esenciales para los clientes tercerizados con un pésimo resultado para los clientes. Aunque esto no lo reconocen las empresas y los medios poco informan al respecto, ha generado incluso casos de inseguridad, es habitual ver personas con vehículos con carteles que rezan al servicio de tal o cual empresa, sin que uno sepa con seguridad de quien se trata. Incluso grandes medios de prensa recurren a esta práctica, donde la empresa tiene como eje principal la acumulación de dinero por sobre la información independiente a los lectores, así grandes medios suelen no entrar en análisis profundos, ya que ellos mismos suelen realizar despidos, reducciones de departamentos y subcontrataciones de empleados. En el caso de los organismos oficiales o públicos, esta tendencia ha favorecido licitaciones dudosas y devenido en un medio más de negocios y actos de corrupción. Todo esto no ha hecho más que atentar contra la estabilidad laboral de los trabajadores en beneficio de unos pocos.”²³

“En el uso cotidiano la simulación de la tercerización, es una manera engañosa de presentar una cosa cuando en realidad es otra. Por ejemplo para evitar el pago al instituto guatemalteco de seguridad social, el pasivo laboral y el pago de compensaciones extraordinarias las empresas simulan que sus trabajadores prestan servicios contractuales y que no dependen de la empresa misma.

Sin embargo un servicio profesional tiene ciertas características que lo identifican. Por ejemplo cuando tengo un dolor de muelas contrato a un dentista para que me preste un servicio. Claramente esta es una relación contractual. Pero cuando solicito que este mismo dentista atienda a los trabajadores dentro de la empresa en un horario regular con horario de entrada, la relación cambia por una situación contractual a una laboral.

En derecho la simulación tiene aplicación en la teoría de lo que corresponde a un acto jurídico. Existe simulación cuando se declara un contenido de voluntad que no es real. Además esa declaración se hace expresa por las partes involucradas, por ejemplo entre el patrono y el trabajador sin que lo mismo coincida con la realidad. Prácticamente en lo

²³<http://www.taringa.net/posts/noticias/2489842/La-tercerizacion-es-PRO.html> 12/06/12.



actuado se oculta el verdadero negocio jurídico disfrazando lo que en realidad las voluntades de las partes quieren uno de otro.

En el Código Civil se regula que es simulación cuando las partes han declarado falsamente lo que en realidad constituye el verdadero acto jurídico. El defraudado aquí no es ninguna de las partes, sino el orden social protegido por una legislación vigente y positiva.

La simulación absoluta no tiene efectos jurídicos. Sin embargo la simulación relativa oculta el verdadero carácter de las acciones jurídicas en un orden social. Ahora bien, este acto de simulación no es nulo si no hay quien lo declare así.

Una autoridad competente puede identificar bien el acto simulado y el acto realizado. Debe determinar las intenciones de los declarantes al simular un acto jurídico. Esto debe ser probado en un tribunal competente. No obstante, en las elecciones pasadas no fue una corte la que identificó el fraude de ley, sino fue el Registro de Ciudadanos.

Ahora bien, si el Registro de Ciudadanos está en el nivel de la Superintendencia de Administración Tributaria, la simulación puede identificarse extrajudicialmente y deducir con mucho mayor celeridad las intenciones ocultas de los negocios jurídicos."²⁴

4.3 Análisis de los efectos negativos de la subcontratación y la tercerización

4.3.1 Efectos negativos de la subcontratación

Si bien no es la única forma de tercerización, la subcontratación es una de las más antiguas y más utilizadas, incluso en la aparentemente tan moderna (o posmoderna) actualidad. Es asimismo, una de las que mayores dificultades técnicas que plantea, como se pueden mencionar las siguientes:

²⁴ <http://www.elperiodico.com.gt/es/20120320/opinion/209702/> 13/06/12.



- Una capacidad muy alta para generar empleos en las fases de expansión económica pero también una muy alta flexibilidad en la salida del mercado de trabajo que se ha constatado en la actual crisis con la elevada destrucción de empleo.
- Una excesiva segmentación del mercado de trabajo entre trabajadores con contratos fijos y con contratos temporales, que se proyecta sobre el conjunto de la política de empleo y sobre todas y cada una de las instituciones laborales, dificultando la estabilidad laboral y magnificando los ajustes de empleo ante perturbaciones económicas
- Una rotación excesiva de los trabajadores con contrato temporal, en especial entre los jóvenes, que asumen en mayor medida la destrucción de empleo frente a fórmulas de flexibilidad alternativas como la adaptación de los salarios o la reducción del tiempo de trabajo.
- Una escasa inversión, tanto pública como privada, en formación como consecuencia de una insuficiente estabilidad en el empleo y que dificulta la movilidad de los trabajadores.
- Unas nuevas relaciones laborales deben garantizar la igualdad de trato para todos y fomentar la búsqueda de mejores oportunidades. Igualmente, necesitan unas instituciones laborales que remuneren adecuadamente el esfuerzo y la inversión en capital humano y unas Administraciones Públicas que garanticen la protección efectiva de los trabajadores, mejorando su empleabilidad y reduciendo el riesgo de exclusión laboral.
- **Desventajas para las empresas**

“Se ha dicho que éstas se visualizan más claramente respecto a las empresas usuarias, debido a las posibilidad que existe no sólo de que los trabajadores estén menos capacitados, sino también que sean más inestables y menos dedicados a su trabajo, lo que afectaría negativamente tanto a la calidad como a la productividad.



De todos modos, es cierto que si bien estos nuevos modelos de organización de la producción suelen estar asociados a tendencias deslaboralizantes desprotectoras o desreguladoras también hay algunos casos que responden a esfuerzos reales de modernización productiva incluso inmersos en el ámbito de proceso de calidad total”²⁵.

- **Desventajas para los trabajadores**

“Es claro que la grave de ellas refiere a la ausencia de protección adecuada que habitualmente padecen quienes trabajan bajo un régimen de subcontratación, en comparación con el que tienen los trabajadores directamente empleados.

A causa de la ambigüedades que existen en la definición de la naturaleza jurídica del trabajo en régimen de subcontratación, los trabajadores sometidos a él se encuentran con frecuencia en un completo vacío legal, desprovistos de la protección que proporciona la legislación laboral a los trabajadores directamente empleados en el mejor de los casos, incluidos en un régimen legal de menores derechos.

El empleo de los trabajadores subcontratados es menos seguro que el de aquellos que pertenecen a la planilla. Las jornadas de trabajo suelen ser más largas para los trabajadores que desempeñan funciones en régimen de subcontratación debido a que su remuneración se basa en lo que producen y generalmente se encuentra vinculada a labores específicas. Asimismo, suelen estar excluidos del ámbito de aplicación de normas que conceden distintos beneficios laborales.

En materia salarial, la remuneración percibida por los trabajadores en régimen de subcontratación es, en casi todos los casos, inferior a la que se les paga a los trabajadores permanentes. Es más, generalmente, le reglamentación sobre los salarios mínimos, cuando existe, puede no ser aplicable a ellos en los casos en que se entiende que son empleados por cuenta propia. En muchos casos, tampoco reciben la misma

²⁵ Racciatti, Octavio Carlos: **Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva** en revista Derecho Laboral, Tomo XL No 185, Montevideo 1997; pág. 203



remuneración que los convenios colectivos señalan para los trabajadores que están directamente empleados.

Por lo demás, la ambigüedad de las responsabilidades en el cumplimiento de las condiciones de trabajo, sumada a la presión del trabajo y a la ausencia de formación convierte en algunos casos al trabajo en régimen de subcontratación en una zona de alto riesgo para el acaecimiento de accidentes laborales y enfermedades profesionales.²⁶

Por la propia naturaleza de la relación de trabajo en régimen de subcontratación, las tasas de sindicación entre los trabajadores subcontratados son a menudo mucho más bajas que las verificadas entre los trabajadores permanentes.

“Los trabajadores en régimen de subcontratación cuyo estatuto como empleados no queda claramente definido, pueden tener también dificultades para alcanzar la protección de sus derechos en los procesos judiciales, ya que si se considera que no son trabajadores, podría no beneficiarse del procedimiento judicial laboral, normalmente abreviado ni de la intervención de la justicia especializada.”²⁷

“Por todo ello, como no podía ser de otra manera, el crecimiento de la subcontratación ha alarmado a los sindicatos que representan a los trabajadores menos retribuidos y, por lo tanto, más vulnerables “.²⁸

“Los sindicatos deben intentar controlar y reglamentar este fenómeno a efecto de proporcionar una protección adecuada para aquellos trabajadores que prestan tareas en régimen de subcontratación. Lo cierto es que la tarea de los sindicatos se ve obstaculizada por el hecho de que su influencia en las empresas de subcontratación es muy escasa, ya que resulta difícil reclutar y mantener afiliados en dichas empresas”²⁹ o

²⁶ Organización Internacional del Trabajo, Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación, pág. 23.

²⁷ La Enmienda 45 de la Constitución brasileña. Pág. 224.

²⁸ Bensusán, Graciela; La subcontratación laboral y sus consecuencias, pág. 137.

²⁹ Organización Internacional de Trabajo, Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación, pág. 25.



porque en algunos casos no se verifica una clara identificación o solidaridad entre los trabajadores principales o directos y los mercerizados o subcontratados.

4.3.2 Efectos negativos de la tercerización

El trabajador implicado en una relación triangular carece de protección suficiente en la legislación o en la práctica, por lo menos en dos grandes áreas. Por una parte, generalmente no gozan de ninguna protección por haber sido expulsados del ámbito de protección propio del derecho del trabajo. Esto se verifica cuando al tercerizado se le niega la condición de trabajador subordinado, dependiente o por cuenta ajena, considerándolo una empresa independiente o un trabajador totalmente autónomo.

En otras palabras, hay hipótesis de triangulación que tienen el efecto de separar al trabajador del sujeto o empresa en verdad destinatario de su prestación (pero conservándolo como sujeto del Derecho del trabajo, o sea, manteniéndole su condición de trabajador), mientras que otra hipótesis de tercerización tienen el efecto de colocar al trabajador, por obra de esa específica triangulación, en la posición de empresa o de independiente, en cuyo caso ya no gozará de ninguna de las medidas de protección propias de la legislación laboral.

En este sentido, existen figuras que tienden a deslaborar, in totum al trabajador como ser: la celebración de contratos calificados como civiles o comerciales con empresas unipersonales (Uruguay), personas jurídicas (Brasil), monotributista (Argentina), cooperativas o más o menos fraudulentas (en muchos países) o la derecha declaración legal de que determinados trabajadores no se les aplicará la legislación laboral.

“Debe precisar que mientras la subcontratación, la intermediación y el suministro pueden perjudicar a los trabajadores afectados disminuyendo su protección, pero los mantienen dentro del ámbito, tratándole como empresa o como autónomo”.³⁰

³⁰ Ermida Uriarte, Oscar; *Los derechos laborales ante la tercerización*; pág. 4



“Es el caso, en algunos países, del uso desviado de las cooperativas de trabajo y también de las sociedades de trabajadores, en las que el trabajador aparece como miembro de esa entidad, la que mantendría una relación comercial con la empresa usuaria. Es también el caso, en otros países de las empresas unipersonales (Uruguay) o personas jurídicas (Brasil), que no es otra cosa que la ficción de considerar que el trabajador es una entidad empresarial formada por él solo, empresa ésta que mantiene un vínculo comercial –no laboral- con la empresa principal o verdadera.

Es claro que en estos casos, si no se hace privar la realidad sobre las formas jurídicas, el trabajador será considerado como empresa o trabajador independiente, por lo que carecerá de la protección derivada de las normas laborales.”³¹

Por otro lado, aun los trabajadores sigan siendo considerados tales, aunque fuera de la planilla de la empresa principal, su desprotección opera en diversos planos.

“En cuanto a las condiciones de empleo y remuneración, si bien es cierto que debería aplicárseles en principio la normativa laboral de los asalariados, en la práctica, por tratarse de modelos creados en muchos casos con el preciso objetivo de eludir la legislación laboral común, y dada la debilidad de estos trabajadores para demandar situaciones distintas, no existe una protección real en este campo. Resulta relevante señalar que habitualmente la situación laboral de estos trabajadores es precaria, existiendo jornadas de trabajo menores y discontinuas, así como modificaciones de prestaciones económicas o servicios sociales ya obtenidos.

Cabe precisar que los trabajadores de las empresas colaboradoras no tienen vínculo con la empresa principal, cuya personificación es distinta de la que le corresponde a la auxiliar para la que desempeñan funciones, por lo que suele ocurrir que las condiciones de empleo y remuneración no se adecúen a los parámetros aplicables al personal interno de la primera. Es decir, los trabajadores dependen en forma exclusiva de la empresa contratista la que en la gran mayoría de los casos es constituida para cubrir

³¹ Goldfín, Adrín y Feldman, Silvio; **Tercerización**; pág. 22



las necesidades de la empresa principal, de la que depende, y a la cual debe ofrecer el servicio en condiciones que hagan más provechoso recurrir a ella que contratar personal dependiente de forma directa.

En lo que respecta a la estabilidad laboral de estos trabajadores, la misma es cuestionada ya que en ocasiones las posibilidades de despido quedan sujetas a la decisión de la empresa subcontratante (empleadora directa del trabajador), que pudo haber recurrido a contratos con plazo o por obra determinada o hasta pudo haberse constituido ella misma, sólo para la realización de la obra o tarea encomendada por la principal.

La vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio de la empresa contratista deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de las empresas principales para vincularse a las de la relación entre su empleador directo y aquélla.

El fin de la relación de colaboración se convierte de este modo en un motivo susceptible de ser alegado para la extinción de estos contratos aún cuando la actividad que realice siga siendo necesaria para la empresa principal.

Ello implica que a través de la externalización es posible fundamentar la conversión de puestos permanentes en temporales, y también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven. De allí que se suela identificar a la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la descentralización productiva y se ponga el acento en la precariedad como uno de los rasgos característicos de la condición de los trabajadores que laboran para estas empresas.³²

³² Sanguinetti Raymond, Wilfredo; **Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo**, pág.11.



En materia de salud, seguridad e higiene, se trata generalmente de grupos totalmente desprotegidos, tanto cuando laboran en centros de trabajo propiedad de sus contratantes, como cuando lo hacen a domicilio.

“Sobre la desprotección de los trabajadores tercerizados, pueden concluirse, con Sanguinetti, que mediante el recurso a la externalización de actividades productivas es posible introducir importantes niveles de flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo y una reducción de costos salariales que resultaban impensables por la vía de una reforma de la legislación laboral. Una legislación laboral que deberá seguir estando basada en una serie de principios básicos que a través de este tipo de estrategias se consigue eludir sin demasiada dificultad.”³³

4.4 Simulación que se presenta en la subcontratación laboral en el derecho laboral guatemalteco

La subcontratación como ya se mencionó, está relacionada con la tercerización porque constituye una forma o especie de esta última. Existe tercerización de servicios por razón de subcontratación.

Para el autor Mario López Larrave: “La relación laboral no fue definida en el Código de Trabajo, pero el legislador dejó plasmada una definición de contrato de trabajo, por lo que se ha de entender que aún no siendo lo mismo la legislación guatemalteca del trabajo, se inclina por establecer los elemento de una dentro de la otra”³⁴.

Este autor expone en forma clara y precisa lo concerniente al contrato de trabajo, de manera que no deba confundirse por ejemplo con el contrato comercial o mercantil o con el de servicios civiles o profesionales. Se entiende que es preciso tener en claro la definición de contrato de trabajo y de relación laboral, para distinguirla de cualquier otra.

³³ Ibid. pág. 12

³⁴ López Larrave, Mario. **Contrato de trabajo por tiempo indefinido, a plazo fijo y por obra determinada.** Pág.11.



La relación de trabajo queda definida en el artículo 18 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, por cuanto es la referencia legal que el legislador empleó para ser aplicado a las relaciones en el plano práctico.

Como consecuencia de la cita anterior, coincide con el hecho de que la relación de trabajo es definida con los mismos elementos que el contrato de trabajo. En este caso, los tres elementos más importantes de mencionar son: la continuidad en la prestación del servicio por parte del trabajador al patrono, la subordinación que el primero debe al segundo y el pago de un salario como consecuencia de los servicios prestados.

Es importante tener en cuenta que se trata de un contrato de trabajo el que da origen a una relación laboral y no a otra de cualquier naturaleza legal.

Es preciso establecer en forma adecuada lo que ha de entenderse por contrato de trabajo, para la subcontratación en materia de derecho del trabajo no puede dar origen a otra relación distinta que no sea la de trabajo, por lo tanto, no podría generar la situación en la que contratante o empleador no pague prestaciones laborales a quien va a prestar el servicio. Es importante agregar que el Código de Trabajo, también contiene la solidaridad de obligaciones que han de asumir los empleadores que participan en una subcontratación o tercerización de servicios por subcontratación.

4.5 La tercerización de servicios en legislación comparada

4.5.1 Perú

“El Gobierno aprobó recientemente la Ley N° 29245, que regula la Tercerización de Servicios.

Se entiende que a través de la tercerización se contrata a una o más empresas para que desarrollen actividades principales de la empresa usuaria o principal de dicho servicio. La empresa contratada debe asumir los servicios prestados por su cuenta y



riesgo, contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; además de ser responsable por los resultados de sus actividades y los trabajadores deben estar bajo su exclusiva subordinación.

- **Pluralidad**

Es necesario además hacer hincapié que elementos como pluralidad de clientes, obligación de contar con equipamiento, inversión de capital y la forma de retribución por obra o servicio, entre otros, que antes eran considerados elementos coadyuvantes, ahora son tratados como elementos característicos

El Artículo 4 de la Ley hace referencia: “a la tercerización con desplazamiento de personal a la empresa principal, sin precisar si ese movimiento será de carácter permanente durante la vigencia del contrato, detalle importante, pues cualquier desplazamiento temporal, incluso por horas o días, podría traer la aplicación de esta norma, como la obligación de información, registro y solidaridad en cumplimiento de obligaciones; así como incluir en el contrato las declaraciones sobre inafectación de derechos laborales, subordinación de trabajadores desplazados a la empresa usuaria, actividad a ejecutar, y lugar en que se prestará el servicio.”

Luego, el Artículo 5 fija que: “cuando se incumplan los requisitos citados y lleven a la convicción de ser una simple provisión de personal, se presumirá que la relación laboral es directa e inmediata con la empresa principal o usuaria.” Sin embargo, no se dice quién lo va a decidir. Queda la duda si será suficiente la Autoridad de Trabajo y si ésta tendrá poder coercitivo para que se incorporen los trabajadores en la planilla.

Aunque también incluye la posibilidad de impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical, de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación y obtener si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo. Se trataría de un exceso, pues la Autoridad de Trabajo no está facultada para ordenar la reposición de un trabajador; pues no es juez. Además, ni la



Autoridad de Trabajo ni el juez pueden obligar a un empleador a prorrogar un contrato de trabajo a plazo fijo, en la medida que objetivamente lo sea así, porque violaría la norma constitucional de la libertad de contratación.³⁵

4.5.2 Uruguay

- **Ley 18.099 de Tercerización y su reciente reforma**

La polémica Ley No. 18.099 también llamada Ley de Tercerizaciones, modificó el sistema de responsabilidad de las empresas que utilizan servicios tercerizados, sea por subcontratación, intermediación, o mediante empresas suministradoras de mano de obra temporal, respecto de los trabajadores de éstas.

En el régimen anterior a la presente ley el empresario tomador de servicios tercerizados debía responder ante cualquier reclamo de un empleado siempre que el empleador directo no lo hiciera, y sólo por los salarios mínimos no abonados.

Con la sanción de la nueva Ley 18.099 se modificó la responsabilidad de la empresa tomadora de mano de obra tercerizada, agravándose sus riesgos y respondiendo solidariamente por todos los eventuales adeudos respecto del trabajador.

- **Implicancias de la nueva ley**

El trabajador ahora tiene dos responsables a quien reclamar: su verdadero patrono y la empresa para la que está prestando, efectivamente el servicio.

El empresario debe responder por todas las obligaciones, tanto salariales como indemnizatorias; así como a las contribuciones de seguridad social, prima de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado con relación a esos trabajadores.

³⁵ <http://blog.pucp.edu.pe/item/25499/analisis-con-nueva-legislacion-de-tercerizacion-de-servicios-orden-y-respeto-laboral> 12/06/12.



Las empresas que utilizan servicios tercerizados, ahora deben controlar el efectivo cumplimiento de las obligaciones laborales y cargas de seguridad social de las empresas subcontratistas o intermediadas de mano de obra.

- **Reforma a la nueva ley**

“A instancias de las críticas del sector empresarial se aprobó una reforma que flexibilizó la responsabilidad de las empresas tomadoras de mano de obra incorporando estos aspectos:

Se implanta un sistema basado en el contralor del cumplimiento de las obligaciones laborales y cargas sociales que ejerza la empresa tomadora de la mano de obra, respecto de la empresa empleadora del trabajador.

Si la empresa que recibe la mano de obra hace efectivo su derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales por parte de la empresa intermediaria, responderá de manera subsidiaria.

Si el sub-contratista, intermediario o suministrador de mano de obra no acredita el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, el tomador de la mano de obra puede retener los pagos al suministrador, abonando directamente a los trabajadores y a los organismos de seguridad social.

Por su parte, en caso de que la empresa tomadora del servicio no ejerza su derecho a ser informada y no controle el efectivo cumplimiento de las obligaciones por parte del intermediario o suministrador, será responsable de manera solidaria, lo que como explicáramos anteriormente, implica una responsabilidad mayor.”³⁶

³⁶ <http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18099&Anchor=12/06/12>.



4.5.3 Argentina

“La antigua Ley 20744 de Contrato de Trabajo en lo que eran sus Artículos 31 y 32 establecía que en todos los casos que se contratara personal por medio de terceros, estos trabajadores serían “considerados empleados directos de quien utilice su prestación”, respondiendo ambas empresas solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y establece que en caso de subcontratación o delegación de trabajos y obras también ambas empresas responderían solidariamente aunque se tratara de actividades accesorias. Asimismo establecía que a los fines del convenio aplicable y la representación sindical se considerará la actividad del principal, o sea de quien efectivamente utiliza la mano de obra.”

Esta normativa es modificada sustancialmente por la dictadura militar. En efecto, en el primer mes de la usurpación del poder, la dictadura modifica la Ley de Contrato de Trabajo, derogando veinticinco artículos y modificando noventa y ocho, o sea que entre eliminaciones y mutilaciones, se afectan 123 Artículos de los 306 que tenía en ese momento la Ley en cuestión. Un cuarenta por ciento del contenido de la Ley de Contrato de Trabajo es barrido por la dictadura militar, lo que significa en realidad la modificación total de dicha Ley y su adecuación a los intereses dominantes y a los cuales respondían los genocidas. En esa modificación la dictadura legaliza las tercerizaciones y elimina la responsabilidad del empresario que utiliza la mano de obra (al que se denomina con cierta perversión lingüística, el usuario de la mano de obra, o sea quien usa al trabajador). Es así que el actual Artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo (luego modificado por la Ley 24013 en el Artículo 75, “en cuanto a convenio y representación sindical en forma favorable al trabajador” bajo Artículo 29 bis) “crea las empresas de servicios eventuales,” eje motor del fraude laboral.

En efecto, estas supuestas empresas de servicios eventuales creadas por la dictadura militar en su aspecto legitimante (no diría legal, pues no puede ser legal una disposición de un usurpador del poder) aparecen como prestadoras de trabajadores para tareas eventuales que son aquellas que se refieren a servicios extraordinario o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento. Este



contrato de trabajo eventual está previsto en la Ley de Contrato de Trabajo y podían hacerlo directamente la empresa que contrataba a los trabajadores bajo esta modalidad, por lo que no resultaba necesaria la figura de las empresas de servicios eventuales, pero el negocio que se armó fue fenomenal, y hoy empresas multinacionales ocupan el centro de la escena bajo esta modalidad. Asimismo, se modifica la Ley de Contrato de Trabajo en el sentido que desaparece la responsabilidad solidaria e inclusive y en determinados casos responderá el usuario solo cuando se trate de la actividad normal y específica propia del establecimiento. La dictadura eliminó el término actividad accesoria y con ello dejó abierta la puerta al fraude y la evasión de responsabilidad.³⁷

4.5.4 Ecuador

“En el Ecuador, tal y como está aplicada, la tercerización facilita la explotación de la mano de obra; elimina los derechos laborales de los trabajadores; permite la inobservancia de los derechos humanos. Además, la tercerización y el trabajo por horas atacan principalmente la estabilidad e impiden la sindicalización. El reglamento que regula la tercerización es un reglamento tramposo, que vulnera la Constitución y la legalidad”³⁸

Derechos y Obligaciones en la Intermediación Laboral y Tercerización de Servicios Complementarios.

- **Codificación Código de Trabajo**

“Es nula toda cláusula que impida que el trabajador intermediado o contractualmente involucrado en la tercerización de servicios complementarios sea contratado directamente por la usuaria bajo cualquier modalidad contractual.

³⁷ <http://www.argenpress.info/2010/10/la-tercerizacion-de-las-relaciones.html> 12/06/12.

³⁸ <http://www.voltairenet.org/La-tercerizacion-otro-mecanismo-de>, 25/06/12



Artículo 11 "Prohibiciones y obligaciones de las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios". Se prohíbe cualquier cobro al trabajador y será nulo todo pacto y toda cláusula o estipulación que obligue al trabajador a pagar a la empresa de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios o a la usuaria, cualquier cantidad, honorario o estipendio a título de gasto o en concepto de pago por reclutamiento, selección, capacitación, colocación, formación o contratación, cualquiera que sea su denominación.

Se prohíbe que la intermediaria laboral ofrezca u otorgue créditos a la usuaria por cualquier concepto.

La empresa intermediaria tiene la obligación de entregar al trabajador contratado el valor total de la remuneración que por tal concepto reciba de la usuaria, y que no podrá ser inferior en ningún caso a lo señalado por la ley, comisiones sectoriales o cualquier otra norma jurídica. Esto deberá acreditarse mediante la entrega mensual de la empresa intermediaria a la usuaria, de una copia de los roles de pago firmados por los trabajadores, con el sello de cancelación o los documentos que acrediten tales operaciones, requisito que posibilitará el pago de la respectiva factura de la usuaria a la empresa intermediaria.

Las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios, en su condición de empleador, tienen la obligación de hacer cumplir todos los derechos de los trabajadores consagrados en la Constitución Política de la República, convenios internacionales ratificados por el Ecuador, Código del Trabajo, Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables, así como las que entren en vigencia con posterioridad a la firma del contrato. Las empresas de intermediación laboral o de tercerización de servicios complementarios están obligadas a presentar anualmente o cuando lo requiera el Ministerio de Trabajo y Empleo los informes estadísticos que éste solicite, relacionados con la oferta y demanda de mano de obra, frecuencia de colocación, ocupación, sectores de actividad económica atendidos, cuantías y escalas de remuneración.



La intermediaria laboral, en el contrato mercantil que celebre con la usuaria, deberá garantizar a aquella la calidad del servicio y el cabal cumplimiento del mismo, especialmente el pago íntegro de las remuneraciones del trabajador intermediado y de todos sus beneficios laborales y de seguridad social.

Reglamento de Aplicación de la Ley reformativa al Código de Trabajo “mediante la cual se regula la actividad de la intermediación laboral y la de tercerización de servicios complementarios”

Artículo 6 presentación de informes estadísticos. “Sin perjuicio de la petición expresa que en cualquier tiempo puede hacer el Ministerio de Trabajo y Empleo, las empresas de intermediación laboral deberán presentar, en medio magnético, hasta el quince de enero de cada año, un informe estadístico que contenga lo siguiente:

- Número de trabajadores intermediados en el año clasificados por género;
- Número de personas intermediadas en cada usuaria y número de las empresas usuarias a las que prestan los servicios;
- Determinación de las modalidades de contratos de trabajo pactados para la intermediación, con el número de trabajadores; y,
- Número de trabajadores que terminaron su relación laboral.”

Artículo 8 de la remuneración. “La verificación del pago total de la remuneración que la empresa intermediaria entregará a sus trabajadores, cuya constancia tendrá la empresa usuaria, mensualmente, por medio de los roles de pago firmados por el representante legal y las certificaciones de aportación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o los documentos que lo acrediten, se la entregará al usuario por parte de la intermediaria, hasta el veinte del mes posterior a la obligación patronal de pago del salario y aportaciones, debiendo la usuaria para que esto se dé, entregar los valores



para las remuneraciones y aportaciones a la intermediaria hasta máximo el día veintiséis del mes que corresponde pagar cada obligación patronal.”³⁹

³⁹ http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=3876&Itemid=594, 12/06/12.



CAPÍTULO V

5. Necesidad de adicionar un último párrafo al Artículo 81, del Código de Trabajo, Decreto Número 1441, del Congreso de la República de Guatemala

Si existiera en un contrato de obra civil, una simulación, donde el consentimiento vaya acompañado de elementos que violan los principios laborales, que deben siempre existir, en caso contrario se le considera viciado. Si el consentimiento está absolutamente destruido por causa cualquiera, el contrato no tiene existencia; nada se ha hecho, tan solo queda una vana apariencia, un mero hecho: el acto jurídico es inexistente. Si el consentimiento se ha dado realmente, pero bajo la influencia de una causa que lo priva de su libertad, está viciado; el acto jurídico inexistente; pero es anulable.

- Tanto la doctrina como la jurisprudencia, e incluso la reglamentación que nos otorga la Dirección del Trabajo, señalan que la contratación laboral puede ser realizada de manera indefinida, a plazo fijo, o por una obra determinada.
- En este último caso, el contrato de trabajo dura lo que se demore el trabajador en realizar el trabajo específico pactado.
- Esta clase de trabajadores, así como aquellos que han sido contratados por un plazo fijo, se ven privados de gozar de ciertos beneficios que se encuentran reservados a aquellos trabajadores que cuentan con un contrato de trabajo indefinido, como por ejemplo, la indemnización por años de servicio.
- Lamentablemente dicha protección sólo ha sido contemplada para el contratado a plazo fijo y no para el contratado por una determinada obra civil, por lo que nos parece adecuado y necesario modificar el Código del Trabajo, de manera de otorgarle también el carácter de trabajador con contrato indefinido a aquel empleado que presta servicios continuamente por trabajos específicos, pero que a todas luces son parte de la misma obra general, o se prestan ante el mismo empleador.



- Sin duda uno de los objetivos del proyecto de Ley es otorgar mayor protección a los trabajadores contratados por el contrato de obra civil y mejorar sus condiciones laborales.

En virtud de lo anterior, se presenta el siguiente:

5.1 Proyecto de ley

Artículo 81, Código de Trabajo, Decreto Número 1441, del Congreso de la República de Guatemala: “Artículo 81. En todo contrato por tiempo indeterminado los dos primeros meses se reputan de prueba, salvo que por mutua conveniencia las partes pacten un período menor.”

Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede ponerle término al contrato, por su propia voluntad, con justa causa o sin ella, sin incurrir en responsabilidad alguna.

Se prohíbe la simulación del período de prueba, con el propósito de evadir el reconocimiento de los derechos irrenunciables de los trabajadores y los derivados del contrato de trabajo por tiempo indefinido. Si una o varias empresas contrataren trabajadores para prestar sus servicios a otra empresa, esta última será responsable frente a los trabajadores afectados de conformidad con la ley.

Propuesta de adición de último párrafo del Artículo 81, Código de Trabajo, Decreto Número 1441, del Congreso de la República de Guatemala, el cual quedará de esta forma:

Artículo 81. En todo contrato por tiempo indeterminado los dos primeros meses se reputan de prueba, salvo que por mutua conveniencia las partes pacten un período menor.



Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede ponerle término al contrato, por su propia voluntad, con justa causa o sin ella, sin incurrir en responsabilidad alguna.

Se prohíbe la simulación del período de prueba, con el propósito de evadir el reconocimiento de los derechos irrenunciables de los trabajadores y los derivados del contrato de trabajo por tiempo indefinido. Si una o varias empresas contrataren trabajadores para prestar sus servicios a otra empresa, esta última será responsable frente a los trabajadores afectados de conformidad con la ley.

Se adiciona un último párrafo al Artículo 81, según Decreto Número X, del Congreso de la República, el cual queda así:

Como también se prohíbe que una subcontratación de servicios laborales se de por medio de un contrato de obra civil.

5.2 Aspectos contemplados en la adición propuesta

5.2.1 Qué se entiende por inicio de la ejecución de la obra, a efectos de esta adición de ley

Hay que tener presente que la adición de ley, se entienda que la simulación de la subcontratación laboral por el contrato de obra civil, es una norma laboral, por lo que, a efectos de determinar el inicio de la ejecución de la misma, conviene remitirse al momento en que la obra adquiere la consideración de centro de trabajo.

En este sentido el comienzo laboral de la obra civil tiene lugar en el momento en que se detecta la simulación laboral.



5.2.2 Qué empresas deben cumplir el requisito de estabilidad en el empleo

El requisito de estabilidad en el empleo se exigirá a las empresas en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

Que se dediquen a actividades del sector de la construcción. Si se tratara de empresas de nueva creación, deberán cumplir este requisito una vez, haya iniciado su actividad.

5.2.3 Qué se entiende por subcontratista, intensivo de mano de obra

Subcontratista intensivo: es aquél cuya organización productiva puesta en uso en la obra consista fundamentalmente en la aportación de mano de obra, entendiéndose por tal la que para la realización de la actividad contratada no utiliza más equipos de trabajo propios que las herramientas manuales, incluidas las motorizadas portátiles, aunque cuenten con el apoyo de otros equipos de trabajo distintos de los señalados, siempre que éstos pertenezcan a otras empresas subcontratistas de la obra.

Necesario considerar tres aspectos claves:

- Una empresa subcontratista tiene un contrato con una empresa principal.
- La empresa subcontratista se encarga de ejecutar obras o servicios por su cuenta y riesgo con trabajadores bajo su dependencia.
- Las labores desarrolladas por el subcontratista se efectúan en una obra, empresa, cuya dueña es la empresa principal.

Según el autor Luis Fernández Molina: “La simulación en la legislación laboral guatemalteca está prohibida por cuanto representa una forma en que pueden evadirse las obligaciones económicas que constituyen un derecho de los trabajadores. Por esa razón, el Artículo 81 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, es enfático al respecto”.⁴⁰

⁴⁰ Fernández Molina, Luis, **Derecho laboral guatemalteco**, pág 86.



La simulación está prohibida como lo señala el autor, en el Artículo 81 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, porque con ella el patrono que reviste la relación laboral de una forma civil o comercial, logra evitar el pago de prestaciones laborales porque el vínculo jurídico de esas relaciones no las establecen como requisitos.

La subcontratación laboral, que presenta una problemática que tiene a su vez como principal característica la violación de derechos individuales como consecuencia de que muchos de los contratos que se dan en estas relaciones, adquieren una apariencia de contrato de obra civil, pero en la práctica cumplen con todos los elementos de un contrato de trabajo.

La causa de esta problemática estriba principalmente en que el Artículo 81 del Código de Trabajo, si bien prohíbe la simulación y hace referencia a la contratación de terceros para el desarrollo de trabajo, no señala nada en relación con la posible simulación de contrato de obra civil que en el ámbito privado se da mucho en Guatemala.

La solución de dicha problemática planteada es la de reformar el Artículo 81 del cuerpo de leyes mencionado, con el objeto de prohibir que una subcontratación de servicios laborales se dé por medio de un contrato de obra civil. En el sentido de establecer no sólo la solidaridad entre empleadores y empresas o personas que gestionan la tercerización de servicios laborales; sino además prohibir la simulación del contrato de obra civil en tales relaciones, debido a la violación a derechos laborales individuales, que constituye la simulación en la prestación de servicios de un trabajador, aparentando una relación de una naturaleza distinta a la laboral.

Frente al éxito del modelo de descentralización productiva y sobre todo de la subcontratación para la actividad empresarial encontramos que estos procesos han provocado consecuencias negativas para los trabajadores y sus organizaciones.



5.3 Efectos que protegerán esta adición

Cuando se encuentra en supuestos de uso ilícito de la subcontratación de servicios laborales y éste se dé por medio de un contrato de obra civil, se establecen casos de fraude a la ley. Para evaluar si estamos en un caso de éstos, he considerado dos parámetros:

- Independencia funcional (ejercicio pleno del poder de dirección por parte de la empresa que contrata).
- Independencia organizativa (uso de elementos personales y materiales propios para efectos de realizar el encargo).

El incumplimiento de alguno o ambos elementos podrá determinar que nos encontremos en las siguientes situaciones:

- Una empresa de pantalla o cascarón. Existe la persona jurídica formal pero no la entidad económica real.
- Empresa de pantalla coyuntural. La empresa existe como entidad económica pero en casos puntuales funciona como cascarón.
- Independencia organizativa y dependencia funcional.

Se va a presentar en la realidad una serie de situaciones límite, donde el análisis de la concurrencia de ambos parámetros no será muy claro por lo que también cabría reflexionar si basta con analizar la existencia o no del poder de dirección laboral de parte de la empresa que contrata; o si además cabría ampliar en análisis al poder de dirección empresarial, es decir determinar quién define la política empresarial de la empresa que contrata o quien mantiene el control de las decisiones corporativas. Piénsese en un encargo que se desarrolla en las instalaciones de la empresa que contrata o quien mantiene el control de las decisiones corporativas.



Piénsese en un encargo que se desarrolla en las instalaciones de la empresa que contrata pero esta última es un encargo para sí misma. ¿Quién es el verdadero empleador?

Si no concurren algunos de los parámetros señalados (independencia funcional y organizativa) estaremos ante una situación de fraude, donde el objetivo es eludir responsabilidades laborales.

Por este motivo, las medidas que propongo para mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo pretenden los siguientes objetivos:

- Favorecer la creación de empleo, reducir el desempleo e impulsar la confianza de los agentes económicos y sociales en las posibilidades de crear estabilidad laboral.
- Reducir la dualidad, la segmentación y la temporalidad de nuestro mercado de trabajo, avanzando hacia empleos de mayor calidad y estabilidad.
- Aumentar las oportunidades de empleo de las personas desempleadas, mediante la mejora general de la empleabilidad y estabilidad laboral.
- Aumentar la flexibilidad interna de las empresas, de manera que la adaptación a la situación económica de las mismas se produzca sin afectar tan intensamente al volumen de empleo.
- Ampliar las oportunidades de empleo y la capacidad de integración de los jóvenes con menor formación en el mercado de trabajo mediante un programa extraordinario de empleo.

5.4 Diferencias laborales

Es claro que el uso de los mecanismos de subcontratación con el objetivo de pagar menos salarios es inaceptable pues atenta claramente contra el principio de igualdad y no discriminación reconocido en la Constitución.



De hecho ha sido para las empresas más fácil reducir el costo laboral que otros costos. Las altas tasas de desempleo permiten que un altísimo número de trabajadores tengan que aceptar menores condiciones de trabajo.

Por otro lado, la alta oferta (proliferación de empresas contratistas) rebaja el precio de los servicios que se contratan, lo que repercute sin duda en la calidad del servicio, de los materiales utilizados, en la relajación de las medidas de salud y seguridad y finalmente en el nivel de los salarios.

De manera que, cuando se produce la sucesión de contratos de obra civil, entre usuaria y contratista, y además se liga la duración de estos contratos a la duración de los contratos de trabajo temporales, a fin de conceder la renovación, la empresa puede condicionar al trabajador a aceptar una reducción en sus remuneraciones. En aplicación al principio de continuidad, esto no sería aceptable sin embargo la corrección de situaciones como ésta, se da, precisamente este es uno de los problemas que se quiere proteger con la adición de este Artículo.

5.5 La afección de la estabilidad laboral

Qué ocurre con los contratos de trabajo si se produce la resolución del contrato de obra civil entre la empresa usuaria y la principal antes del plazo inicialmente convenido. Es una práctica generalizada ligar la duración del contrato entre usuaria y la que contrata con la duración de los contratos laborales que esta última tiene con sus trabajadores. Frente a esto cabe la pregunta de si el tiempo del contrato civil puede determinar la duración del contrato de trabajo.

Los contratos laborales de obra o servicio específico, deben ser usados para situaciones excepcionales, las labores permanentes de la empresa requieren trabajadores contratados o plazo indeterminados, de lo contrario se alienta la fragmentación artificial de cualquier prestación de servicios.



Asimismo, cabe cuestionarse si en el caso de sucesivas celebraciones de contratos de obra civil, ¿a cada subcontratación debe corresponder un nuevo contrato de trabajo? Como ya se expresó, esta situación pone en riesgo la afectación de salarios a la baja, pero además provoca la fragmentación de labor permanente del trabajador. Nuevamente la aplicación de los principios de primacía de la realidad y de continuidad podría dar respuesta a estas situaciones, sin embargo identificamos claramente porque es necesario que se adicione al Artículo 81 del Decreto Número 1441 del Congreso de la República de Guatemala.

Con esta adición, no se solicita que el trabajador deje de cumplir con sus obligaciones como trabajador ya que se deben de cumplir estas, tales como;

5.6 Principales obligaciones de los trabajadores en Guatemala

Así como existen derechos, los trabajadores también tienen obligaciones que cumplir, las cuales debemos tomar en cuenta para evitar caer en alguna falta que pueda ser sancionada por el empleador.

Además de otras contempladas en el Código de Trabajo, el Artículo 63 del Código de Trabajo establece que las principales: “obligaciones de los trabajadores son:

- Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad quedan sujetos en todo lo concerniente al trabajo;
- Ejecutar el trabajo con la eficiencia, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos;
- Restituir al patrono los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se les faciliten para el trabajo. Es entendido que no son responsables por el deterioro normal ni por el que se ocasione por caso fortuito, fuerza mayor, mala calidad o defectuosa construcción;
- Observar buenas costumbres durante el trabajo;



- Prestar los auxilios necesarios en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono o de algún compañero de trabajo estén en peligro, sin derecho a remuneración adicional;
- Someterse a reconocimiento médico, sea al solicitar su ingreso al trabajo o durante éste, a solicitud del patrono, para comprobar que no padecen alguna incapacidad permanente o alguna enfermedad profesional, contagiosa o incurable; a petición del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, por cualquier motivo;
- Guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, con tanta más fidelidad cuanto más alto sea el cargo del trabajador o la responsabilidad que tenga de guardarlos por razón de la ocupación que desempeña; así como los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicio a la empresa;
- Observar rigurosamente las medidas preventivas que acuerden las autoridades competentes y las que indiquen los patronos, para seguridad y protección personal de ellos o de sus compañeros de labores, o de los lugares donde trabajan;
- Desocupar dentro de un término de treinta días, contados desde la fecha en que se termine el contrato de trabajo, la vivienda que les hayan facilitado los patronos sin necesidad de los trámites del juicio de desahucio. Pasado dicho término, el juez a requerimiento de estos últimos, ordenará el lanzamiento, debiéndose tramitar el asunto en forma de incidente. Sin embargo, si el trabajador consigue nuevo trabajo antes del vencimiento del plazo estipulado en este inciso, el juez de trabajo, en la forma indicada, ordenará el lanzamiento.”



CONCLUSIONES

- 1.** La parte patronal en el Estado de Guatemala muchas veces, simula un contrato de obra civil y le da origen a otra relación distinta que no es la de trabajo, para que así, no se genera la situación en la que el contratante o empleador no pague prestaciones laborales a quien presta el servicio y así no exista violaciones a los principios laborales establecidos en ley.

- 2.** El Congreso de la República no ha promulgado aún, una adición del último párrafo del Artículo 81, del Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República de Guatemala, con el objeto que se modifique la prohibición de una subcontratación de servicios laborales, se dé por medio de un contrato de obra civil, existiendo así violaciones de los principios laborales en ley.

- 3.** La falta de una iniciativa de ley por parte de los encargados de emitirla, en la que se establezca la prohibición de servicios laborales se dé por medio de un contrato de obra civil, ha perjudicado al sector trabajador guatemalteco ya que se violan derechos laborales individuales constantemente al realizar una simulación del contrato de obra civil, que a veces por la falta de empleo de los trabajadores aceptan esa relación.

- 4.** El patrono en el Estado de Guatemala, viola los derechos laborales individuales existentes en el contrato de obra civil, cuando en realidad se da la subcontratación laboral, lo cual se ha utilizado en Guatemala, sin que el trabajador se manifieste hacia el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, estas violaciones, cuando existen elementos notorios que comprueban la simulación laboral.



5. El Congreso de la República no ha fomentado, la importancia de tener en cuenta en forma clara y precisa lo concerniente a la subcontratación laboral, de manera que no deba confundirse, con el contrato de obra civil y así no exista la simulación de una subcontratación laboral para evitar violación de los derechos laborales individuales que se dan en un contrato de obra civil.



RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República, adicione al Artículo 81 del Código de Trabajo, en el sentido de establecer no sólo la solidaridad entre empleadores y empresas o personas que gestionan la tercerización de servicios laborales; sino además prohibir el contrato de obra civil, para que el empleador no realice una simulación, en el ámbito del derecho laboral para evadir el pago del pasivo laboral, porque así no se violarán los derechos laborales individuales.
2. La Universidad de San Carlos de Guatemala, debe tomar en cuenta la presente tesis para así, proponer la iniciativa de ley de la adición un último párrafo al Artículo 81, del Código de Trabajo, del Congreso de la República, el cual prohíba que una subcontratación de servicios laborales se dé por medio de un contrato de obra civil, para proteger a la población trabajadora del Estado de Guatemala, porque es la población más débil según el principio tutelar.
3. Es necesario que el Ministerio de Trabajo y Previsión Social utilice esta adición, en la fase conciliatoria, para establecer no solo la solidaridad entre empleadores y empresas o personas que gestionan la tercerización de servicios laborales; sino además, para prohibir el contrato de obra civil en tales relaciones, debido a la violación a derechos laborales individuales, que constituye la simulación en la prestación de servicios de un trabajador, aparentando una relación de naturaleza distinta a la laboral.



- 4. Que el Ministerio de Trabajo y Previsión Social realice una campaña masiva, para que divulgue, de forma adecuada a lo que ha de entenderse por subcontratación laboral, para establecer que no puede dar origen a otra relación distinta que no sea la de trabajo, por lo tanto, no podría generar la situación en la que contratante o empleador no pagará prestaciones laborales a quien presta el servicio de esa manera en ese ámbito no se violarán los principios laborales.**

- 5. El Estado de Guatemala debe de fomentar, a través de medios de comunicación, la importancia de tener en cuenta en forma clara y precisa lo concerniente a la subcontratación laboral, de manera que no deba confundirse, con el contrato de obra civil y que se entienda que es preciso tener claro la definición de subcontratación laboral, contrato de trabajo y de relación laboral, para distinguirla.**



BIBLIOGRAFÍA

- ERMIDA URIARTE. Óscar. **Los derechos laborales ante la tercerización**, en la revista de Derecho Social: No. 4-5 Editorial Bonarzo Latinoamericano; Buenos Aires. 2009.
- ERMIDA URIARTE. Óscar y Óscar Hernández Álvarez. **Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación**, IX Encuentro del Grupo Bologna, Barquicimeto, octubre de 2000.
- ESPIN CÁNOVA, Diego, **Manual de derecho civil español**. Volumen III.
- GOLDÍN, Adrián y Silvio Feldman. **Protección de los trabajadores**. Informe Argentino, Organización Internacional del Trabajo; México, 1999.
- GRZETICH, Antonio y Hugo Fernández. **Situaciones de trabajo y protección de los trabajadores**. Estudio Nacional Uruguayo, Organización Internacional del Trabajo, Lima, Perú. 2004.
- LOPEZ LARRAVE, Mario. **Contrato de trabajo por tiempo indefinido, a plazo fijo y por obra determinada**.
- Oficina nacional del servicio civil. **Digesto de la administración de personal del sector público**. 3ª ed. (s.E.), Guatemala, 1999.
- Organización Internacional de Trabajo, **Informe VI trabajo en régimen de subcontratación**.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias sociales, jurídicas y políticas**. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Impacto de las políticas de ajuste en el derecho laboral**. Ajuste económico y política laboral, Cuzco, Centro Bartolomé de las Casas, 1993.
- RACCIATI, Octavio Carlos. **“Tercerización, exteriorización del empleo y descentralización productiva en revista derecho laboral,”** Tomo XL. No. 185, Montevideo 1997.
- RASO DELGUE, Juan. **Problemática actual del contrato individual del trabajo, la frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente**. V Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.
- RAY, Jean Emmanuel. **Formas de subordinación**. (s.e.) Francia, 1992.



REYNOSO, Eleuterio. **Derecho laboral y globalización**, Wikipedia la enciclopedia libre, Contratualismo, Monografias.com.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho, Volumen IV.

SANGUINETTI Raymond, Wilfredo. **Contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo**. Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1988.

SUPIOT, Alain. **Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa**. V Congreso Regional Americano de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú, septiembre.

Universidad San Carlos de Guatemala., Derecho. Blogspot.com /2011/ ... /interpretación_de_los_contratos.ht.

VARIOS AUTORES. **Diccionario de la lengua española**. Ed. Harla, Madrid, España, 2004.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

Código de Trabajo. Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Civil. Decreto Ley 106, 1963.