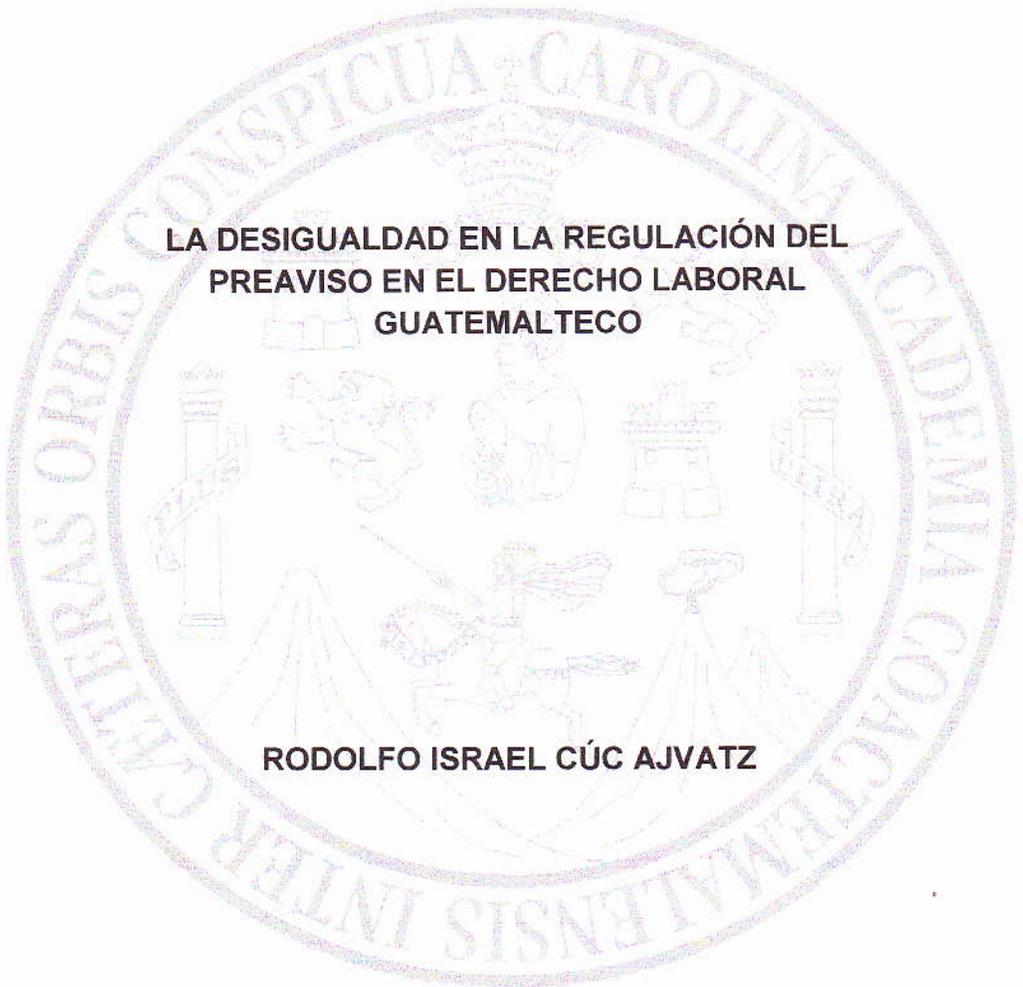


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**LA DESIGUALDAD EN LA REGULACIÓN DEL
PREAVISO EN EL DERECHO LABORAL
GUATEMALTECO**

RODOLFO ISRAEL CÚC AJVATZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2012

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

**LA DESIGUALDAD EN LA REGULACIÓN DEL PREAVISO EN
EL DERECHO LABORAL GUATEMALTECO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

RODOLFO ISRAEL CÚC AJVATZ

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 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 Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Secretario: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
Vocal: Lic. Erwin Giovanni Castro Dávila

Segunda Fase:

Presidenta: Licda. María Del Carmen Mansilla Girón
Secretaria: Licda. Mayra Yojana Veliz López
Vocal: Licda. Claudia Elvira González

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



Lic. José Dolores Bor Sequén
Abogado y Notario
Colegiado No. 7,107

Guatemala, 26 de abril de 2012

Lic. Luis Efraín Guzmán Morales
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Respetable Lic. Guzmán Morales:

En atención a providencia de esa dirección, se me nombra Asesor de Tesis del bachiller Rodolfo Israel Cúc Ajvatz, que se identifica con el carné estudiantil No. 199812026, y quien elaboró el trabajo de tesis intitulado **“LA DESIGUALDAD EN LA REGULACIÓN DEL PREAVISO EN EL DERECHO LABORAL GUATEMALTECO”**.

Una vez recibido el nombramiento, se establece comunicación con el estudiante, con quien procedí a efectuar la revisión del plan de investigación y de tesis, mismos que se encontraban congruentes con el tema a investigar, y en consenso con el ponente del mismo, se estableció la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, el bachiller Rodolfo Israel Cúc Ajvatz, tuvo el empeño y la atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de tesis, el cual tiene un amplio contenido científico, utilizando el ponente un lenguaje altamente técnico, haciendo uso en forma precisa del contenido científico sobre la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, así como con una redacción adecuada; siendo las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía una relación lógica al tema investigado.

Se estima favorable y se considera de parte de su servidor que el tema es de mucha importancia puesto que trata de la desigualdad que provoca la institución jurídica del preaviso en la legislación laboral guatemalteca.

En consecuencia, emito **DICTAMEN FAVORABLE** en virtud de que el trabajo de tesis, cumple con los requisitos establecidos de forma y de fondo exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y



Lic. José Dolores Bor Sequén
Abogado y Notario
Colegiado No. 7,107

Sociales y del Examen General Público, para que pueda continuar con el trámite respectivo.

Atentamente,

Lic. José Dolores Bor Sequén
Abogado y Notario

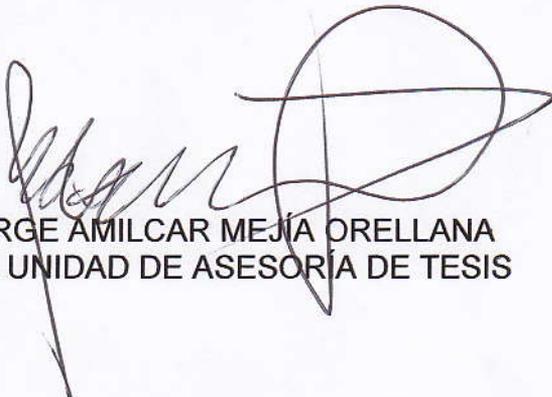
Lic. José Dolores Bor Sequén
Abogado y Notario
11 calle 6-16 2do. Nivel, zona 1
San Juan Sacatepéquez, Guatemala
Teléfono: 66303221



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Y SOCIALES. Guatemala, 2 de julio de 2012.

Atentamente, pase al LICENCIADO HÉCTOR OSBERTO OROZCO Y OROZCO, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del estudiante RODOLFO ISRAEL CÚC AJVATZ, intitulado: "LA DESIGUALDAD EN LA REGULACIÓN DEL PREAVISO EN EL DERECHO LABORAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual regula: "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 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 estimen pertinentes".


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



cc. Unidad de Tesis
BAMO/emjbl.



Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Abogado y Notario
Colegiado No. 5,068

Guatemala, 18 de julio de 2012

Dr. 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.



Distinguido Dr. Mejía Orellana:

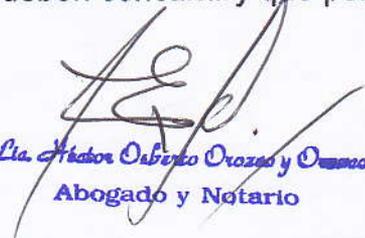
De conformidad con el nombramiento emitido por dicha Unidad, de fecha 2 de julio de dos mil doce, procedí a revisar el trabajo de tesis del bachiller Rodolfo Israel Cúc Ajvatz, intitulado **"LA DESIGUALDAD EN LA REGULACIÓN DEL PREAVISO EN EL DERECHO LABORAL GUATEMALTECO"**. En su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, las cuales consideré necesarias para la mejor comprensión del tema que se desarrolla.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, éste abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, así como la recolección de información que le fue de gran apoyo en su investigación, ya que el material es considerablemente actualizado.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal para un buen entendimiento de la misma, pude observar que el estudiante utilizó el método analítico, el sintético y el jurídico, así como la técnica de investigación documental, bibliográfica y la entrevista, ésta última le sirvió para obtener los datos relevantes y significativos sobre el tema en la actualidad.

Las conclusiones y las recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla, a fin de esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado.

Por el contenido objeto de desarrollo, análisis y aportaciones sustentadas, la tesis se califica de importante y valedera dentro de la revisión prestada; circunstancias académicas que desde todo punto de vista deben concurrir y que permitan comprobar la hipótesis formulada.


Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Abogado y Notario



Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Abogado y Notario
Colegiado No. 5,068

La tesis efectivamente cumple con la metodología y las técnicas de investigación, así como con una redacción adecuada, siendo las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía acordes al tema investigado, así también cumple con los requisitos establecidos de forma y de 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; por lo tanto, emito **DICTAMEN FAVORABLE** a la investigación realizada por el bachiller Rodolfo Israel Cúc Ajvatz, misma que puede ser sometida a su discusión y aprobación.

Atentamente,

Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Abogado y Notario

Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco
Abogado y Notario
21 calle 2-21 2º. Nivel zona 1
Ciudad de Guatemala
Teléfono: 22211376



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
GUATEMALA, C.A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 17 de septiembre de 2012.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante RODOLFO ISRAEL CÚC AJVATZ, titulado LA DESIGUALDAD EN LA REGULACIÓN DEL PREAVISO EN EL DERECHO LABORAL GUATEMALTECO. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/iyr.

A large, stylized handwritten signature in black ink.

Lic. Avidán Ortíz Orellana
DECANO

A large, stylized handwritten signature in black ink, overlapping the text of the Dean.



A large, stylized handwritten signature in black ink, overlapping the text of the Secretary.





ACTO QUE DEDICO

- A DIOS:** Por permitirme llegar a este momento tan especial, por los triunfos y los momentos difíciles en donde he aprendido a confiar más en Él.
¡A Él sea toda la gloria y la honra!
- A MI MADRE (QEPD):** Por haberme educado y soportar mis errores, por sus sabios consejos, por el amor que siempre me brindó, y por cultivar e inculcar el bien.
¡Gracias por darme la vida!
- A MI PADRE:** A quien le debo todo en la vida, por el cariño, el apoyo y porque con su ejemplo me ha enseñado que en la vida para triunfar es necesario ser honesto y esforzarse.
¡Gracias Papá!
- A MI ESPOSA:** Sonia Maribel, con amor profundo, por el cariño, la comprensión, la paciencia y el apoyo que me brindó para culminar mi carrera profesional.
- A MI HIJA:** Claudia Sofía, porque ella es y será siempre la fuente de inspiración para seguir luchando.
- A MIS HERMANOS Y HERMANAS:** Por la confianza que siempre nos hemos tenido, y por el apoyo que incondicionalmente me han brindado, en especial a Rut y Claudia, por su gran ayuda.
- A MIS SUEGROS Y CUÑADAS:** Por instarme siempre a seguir adelante.



**A MI ASESOR Y
REVISOR DE TESIS:**

Lic. José Dolores Bor Sequén y Lic. Héctor Osberto Orozco y Orozco, por su invaluable apoyo en la elaboración y presentación de esta tesis; y

A:

La Tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho de trabajo.....	1
1.1 Derecho.....	1
1.2 Trabajo.....	4
1.3 El derecho de trabajo.....	8
1.4 Características del derecho de trabajo.....	12
1.5 Sujetos del contrato individual de trabajo.....	16
1.6 El contrato individual de trabajo.....	21

CAPÍTULO II

2 El preaviso.....	33
2.1 La importancia del preaviso.....	33
2.2 Concepto y definición de preaviso.....	34
2.3 Naturaleza jurídica del preaviso.....	38
2.4 Características del preaviso.....	48
2.5 Elementos del preaviso.....	54
2.6 Formas del preaviso.....	57
2.7 Determinación de los plazos del preaviso.....	59
2.8 Propósitos y valoración del preaviso.....	61
2.9 Efectos del preaviso.....	63

CAPÍTULO III

3 El preaviso en el derecho comparado.....	65
3.1 Normas legales comunes que regulan el preaviso en los países	



Pág.

centroamericanos.....	65
3.2 Supuestos propios del preaviso en las normas laborales de los países centroamericanos.....	67

CAPÍTULO IV

4 La desigualdad en la regulación del preaviso en el derecho laboral guatemalteco.....	75
4.1 El preaviso en la legislación guatemalteca.....	75
4.2 El preaviso como desigualdad de derechos.....	92
4.3 La desigualdad en la regulación del preaviso en el derecho laboral guatemalteco.....	97
4.4 Análisis de los resultados del trabajo de campo.....	101
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
ANEXOS.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	119



INTRODUCCIÓN

El aviso previo al que está obligado el trabajador que desee dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral, establece en el derecho laboral guatemalteco la institución jurídica del preaviso, institución que a mi criterio provoca desigualdad de derechos en la relación patrono-trabajador por cuanto sólo la parte más débil (trabajador) que conforma dicha relación está obligada a darlo. Por lo que atendiendo a la importancia que reviste dentro de los contratos de trabajo o las relaciones laborales, a sus especiales características y a las consecuencias perjudiciales que le produce al trabajador, es que la presente investigación encuentra su justificación.

Al iniciarse la investigación, el problema se define en establecer si la utilización del preaviso en realidad provoca desigualdad de derechos, tomando en cuenta que se le obliga solamente al trabajador a hacer uso de ella; por lo que la hipótesis plantea que la institución jurídica del preaviso en el derecho laboral guatemalteco crea desigualdad de derechos en la relación laboral, por cuanto que al trabajador que desee dar por terminado el contrato de trabajo se le obliga a dar el aviso previo, no así al patrono que tiene la libertad de despedir al trabajador en cualquier momento de la relación sin justa causa y sin previo aviso; lo que hace necesario una reforma a la legislación laboral para que exista igualdad de derechos.

Por medio de esta investigación se pretende establecer si existe desigualdad de derechos en la utilización del preaviso; si esta institución es de aplicación en las relaciones laborales; los beneficios que realmente puede aportar a las partes que



conforman la relación laboral; los perjuicios para una y otra parte la aplicación o no de esta figura; así como determinar si las normas que regulan esta institución son positivas y eficaces. Los anteriores objetivos se derivan de los supuestos establecidos, entre ellos, que la institución del preaviso se utiliza con escasa frecuencia; que no cumple con el principio de tutelaridad; asimismo, el hecho que el trabajador es el único obligado a dar dicho preaviso se está ante una desigualdad de derechos.

Lo anterior se expondrá en cuatro capítulos. En el primero se desarrolla el derecho desde un punto de vista general, el derecho de trabajo, y el contrato individual de trabajo; en el segundo se confiere de manera amplia la institución del preaviso; en el tercero se desarrolla dicha figura en el derecho comparado; y por último, en el capítulo cuarto se trata de manera profunda la institución en mención en la legislación guatemalteca, se analiza el preaviso en algunos proyectos de Código de Trabajo, así como en otras leyes que regulan la relación laboral en Guatemala, y, la desigualdad en la regulación de esta institución jurídica en el derecho laboral guatemalteco.

Este trabajo de tesis se logró conformar de acuerdo a la teoría de la libertad de contratación, haciendo un análisis de la doctrina para conocer más sobre esta institución jurídica, utilizando también el método sintético que ayudó a unir sistemáticamente los elementos con el fin de reencontrar la individualidad de la figura en estudio; asimismo se utilizó el método jurídico para la mejor interpretación de las normas jurídicas relacionadas a esta institución, habiendo utilizado para el efecto la técnica documental, la bibliográfica, y la entrevista que sirvió para obtener datos relevantes y significativos sobre el tema.



CAPÍTULO I

1. El derecho de trabajo

Siendo el tema de mucha importancia sobre el cual versa esta tesis, y para el desarrollo posterior de este estudio, considero necesario establecer el significado de los vocablos derecho y trabajo, sin lo cual, difícil será formarse una idea adecuada del contenido y del desarrollo del presente trabajo.

1.1. Derecho

El hombre es por naturaleza un ser social cuya vida es fundamentalmente de relación. Para satisfacer sus necesidades necesita de otros seres humanos, y no se puede concebir que realice sus objetivos si vive aislado de los demás. La vida del hombre en sociedad no siempre se desarrolla armónicamente; y es precisamente por ello, y para resolver los conflictos que pueden suscitarse en la convivencia social, que se ha hecho indispensable que los miembros de la sociedad se sometan a la observancia de normas que regulen los derechos de unos y de otros; surge así entonces el derecho como un producto espontáneo de la sociedad para lograr una convivencia pacífica y justa.

En consecuencia, el derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana necesario en la sociedad, inspirado en postulados de justicia, cuya base son *las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter. En*

otras palabras son conductas dirigidas a la observancia de normas que regulan la convivencia en la sociedad y permiten resolver los conflictos intersubjetivos.

“La palabra derecho deriva de la voz latina “directum”, que significa: Lo que está conforme a la regla, a la ley, a la norma; o como expresa Villoro Toranzo: Lo que no se desvía ni a un lado ni otro. La expresión “directum” aparece, según Pérez Luño, en la edad media para definir al derecho con connotaciones morales o religiosas, el derecho conforme a la recta razón.”¹

En la actualidad, inmediatamente al hablar de derecho toda persona tiene alguna noción de la palabra, ya que el derecho es inherente a la persona misma, debido a que en las relaciones de propiedad existentes, cada cual instintivamente protege lo suyo, porque sabe que tiene derecho de mantenerla. “Asimismo respeta de alguna manera la propiedad ajena, norma jurídica que nace con el apareamiento de la propiedad privada y la división de la sociedad en clases antagónicas y que subsiste en la actualidad con marcada tendencia a la protección de los intereses de los dueños de los medios de producción y sus secuaces (militares, políticos, comerciantes, etc.) y como medio de control para mantener sojuzgada a la clase desposeída del país.”²

“El derecho también se dice que tiene por objeto la resolución de conflictos que se producen en el seno de la sociedad como consecuencia de la lucha de clases; sin

1 <http://www.es.wikipedia.org/wiki/Derecho/Etimolog.C3.ADa>, **Wikipedia, la enciclopedia libre**, 18 de noviembre de 2011.

2 López Mayorga, Leonel Armando. **Introducción al Estudio del Derecho I**. Pág. 23.

embargo, el fuerte desequilibrio económico que existe entre ambas hace inclinar la balanza para el lado del poderoso, de manera que el derecho sí cumple con una función de control, pero a favor de la clase que detenta el poder.”³

Al respecto el Autor Gómez González⁴ dice: “Derecho es el conjunto de normas que en sí forman la maquinaria jurídica. Suele denominarse derecho objetivo al ordenamiento jurídico, a la norma, al precepto de derecho o también al conjunto de los preceptos de derecho. Es decir, es el conjunto de leyes y reglas que los hombres deben necesariamente observar en sus relaciones recíprocas, como norma de sus acciones.”

Cabanellas⁵, al referirse al vocablo derecho dice: “El derecho es el conjunto de leyes, colección de principios, preceptos y reglas a que están sometidos todos los hombres en cualquier sociedad civil, para vivir conforme a justicia y paz; y a cuya observancia pueden ser compelidos por la fuerza.”

Recaséns Siches citado por López Mayorga⁶ define el derecho como “Un conjunto de normas elaboradas por los hombres, bajo el estímulo de determinadas necesidades sentidas en su vida social, con el propósito de satisfacer esas necesidades en su existencia colectiva, de acuerdo con unos específicos valores (justicia, dignidad de la persona humana, autonomía y libertad individual, igualdad, bienestar, seguridad, etc.).”.

3 **Ibid.**

4 Gómez González, Fernando Flores, **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**, Pág. 3.

5 Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario Jurídico Elemental**, Pág. 120.

6 **Ob. Cit.**; Pág. 24.

De lo anterior se concluye que los elementos constitutivos del concepto derecho son tres: La sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiende el derecho; y la organización, como medio para realizar el orden.

1.2. Trabajo

Antes de conceptualizar y definir el vocablo trabajo y para tener una mejor perspectiva sobre el tema, considero necesario desarrollar su importancia como uno de los factores de la producción de toda actividad económica.

a) La importancia del trabajo

Para vivir, los hombres necesitan alimentos, vestidos, calzado, vivienda y otros bienes materiales; y para disponer de estos bienes, primero tienen que producirlos; es decir, tienen que trabajar. Por tanto cualquier sociedad estará condenada a desaparecer si deja de producir bienes materiales. De ahí que la producción de los bienes materiales sea la base de la vida y del desarrollo de cualquier sociedad.

“El trabajo es la actividad racional del hombre encaminada a la producción de bienes materiales. En el curso del trabajo, el hombre aporta su influjo sobre la naturaleza para adaptar los productos de ésta a sus necesidades. El trabajo es herencia exclusiva del hombre, una eterna necesidad natural y la primera condición de toda la vida humana.

Según frase de Engels, el trabajo ha creado al propio hombre.”⁷

El hombre se diferencia de los animales porque estos obran por instinto; los hombres movidos por su inteligencia. Verbigracia, la finalidad que persiguen las bestias es dar satisfacción a sus necesidades; la del hombre es orientar por la ley del mínimo esfuerzo sus actos para satisfacer también esas necesidades primarias en todos los seres humanos.

“El valor de la fuerza de trabajo, al igual que el de cualquier otra mercancía, está determinado por el tiempo de trabajo socialmente necesario para reproducirlo. La fuerza de trabajo estriba en la aptitud que tiene el hombre para trabajar. Fuerza que sólo existe mientras vive su poseedor. Para sostener la vida del obrero se necesita cierta cantidad de medios de existencia. Por consiguiente, el valor de la fuerza de trabajo está determinado por el valor de los medios imprescindibles para mantener la vida del propio obrero. La fuerza de trabajo se equilibra a cuenta de la familia del obrero. Por eso, en el valor de la fuerza de trabajo debe contar también el valor de los medios de existencia de los familiares del obrero.”⁸

b) Antecedentes

“Obligación paralela a la de vivir y ley de Dios es la de que el hombre está condenado Irremediablemente a trabajar. Al primer habitante sobre la tierra, siguiendo la leyenda

7 Nikitin, P., **Economía Política**, Pág. 6.

8 **Ibid**, Pág. 57.

Bíblica, Jehová le ordenó: Comerás el pan con el sudor de tu frente –in sudore Vultus tui vesceris pane-. Y San Pablo señaló lo mismo con otras palabras: Si el hombre no trabaja, no comerá.”⁹

En consecuencia, el hombre necesariamente para poder sobrevivir tiene que trabajar y así poder alimentarse, vestirse, calzarse y tener una vivienda digna para él y su familia.

Al hablar sobre la determinación del origen del término trabajo las opiniones se han dividido. “Algunos autores señalan que la palabra proviene del latín trabs, trabis, que significa traba, ya que el trabajo se traduce en una traba para los individuos, porque siempre lleva implícito el despliegue de un cierto esfuerzo. Una segunda corriente ubica al término trabajo dentro del griego thlibo, que denota apretar, oprimir o afligir. Por otro lado se encuentran los autores que ven su raíz en la palabra laborare ó labrare, del verbo latino laborare que quiere decir labrar, relativo a la labranza de la tierra.”¹⁰

Existen definiciones filosóficas, económicas y físicas del trabajo. No obstante, para el derecho laboral la que importa es la que rige el trabajo subordinado. Actividades como la del médico independiente, la del artista, u otros profesionales independientes, están fuera del interés del derecho laboral. En consecuencia se puede afirmar que donde cese la subordinación, cesa la aplicación del derecho laboral.

⁹ Cabanellas, Guillermo, **El Derecho de Trabajo y Sus Contratos**, Pág. 10.

¹⁰ Dávalos, José, **El Derecho de Trabajo**, Pág. 3.

c) Concepto y definición de trabajo

Por trabajo pues, se entiende “todo esfuerzo humano dirigido en forma directa o indirecta a la producción de la riqueza”.¹¹ Esta concepción lleva primeramente a plantear el hecho que sólo, y exclusivamente los seres humanos son y pueden ser productores de trabajo. Tanto los animales como las máquinas no son productores ni creadores de trabajo, sino elementos que se utilizan para la realización del trabajo, y deben ser empleados precisamente por el hombre. Son por tanto, los seres humanos los únicos capacitados para realizar la función útil y creadora, que es el trabajo.

El trabajo no crea sino que transforma o modifica, lo cual significa que produce. Esta idea la resume Jhon Stuart Mill citado por el maestro Cabanellas¹² cuando afirma: “El hombre coloca un grano en el suelo y las fuerzas naturales de la vegetación producen una raíz, hojas, y frutos.”

Al respecto, pero en sentido económico, Cabanellas¹³ citando a Keimwacher dice: “Se entiende por trabajo la actividad consciente del ser humano encaminada a producir un valor económico, algo que sirva para satisfacer una necesidad económica del hombre.”

La Real Academia Española conceptúa la palabra trabajo como “El esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición al capital, y trabajar como

11 Cabanellas, **Ob. Cit.**; Pág. 10.

12 **Ibid**, Pág. 11.

13 **Ibid**, Pág. 12.



ocuparse en cualquier actividad física o intelectual, tener una ocupación remunerada en una empresa, o en una institución, etc.”¹⁴

En conclusión el trabajo es una actividad que sólo puede ejercer el ser humano, que consiste en el esfuerzo físico o intelectual aplicado a la producción de la riqueza.

1.3. El derecho de trabajo

Considero importante antes de desarrollar el presente tema, conocer los antecedentes del derecho de trabajo.

a) Antecedentes del derecho de trabajo

En términos generales, el trabajo constituye una forma de vida de las personas, porque viven en él, les permite obtener satisfactorios sociales a través de su realización de manera inmediata y mediata, ello hace posible progresar a este trabajador como parte de una familia, y por ende hacer progresar a una sociedad y a un país.

El derecho de trabajo nació como una necesidad para resolver el llamado problema social, surgido por la ruptura de los cuadros corporativos y el nacimiento de la gran industria, y con él, el proletariado. Es relativamente joven en comparación con otras ramas jurídicas que han regido la conducta humana por muchos siglos. Su inicio

¹⁴ <http://www.buscón.rae.es/drael/> , Diccionario de la lengua española-Vigésima segunda edición, 22 de noviembre de 2011.



se encuentra en la industria y la maquinaria en Inglaterra y en otros países europeos.

La revolución industrial determinó el nacimiento de distintas corrientes que desde ángulos distintos exigieron la intervención del Estado en defensa de los trabajadores, como las escuelas intervencionistas y las escuelas socialistas. Las escuelas intervencionistas quieren que el Estado proteja, por medio de una política adecuada, a las clases sociales perjudicadas con la libre distribución de la riqueza y defiendan por medio de una legislación protectora los intereses de la economía nacional.

Este es el modelo de un Estado grande en donde se pretende que sea el Estado quien proteja por medio de políticas adecuadas los intereses de la economía nacional.

El socialismo -Marx- pretende sustituir la estructura capitalista por un régimen en que no exista la propiedad privada, ni la desigualdad fundada en razones económicas. El objeto del socialismo es la emancipación de las proletarias por obra de los mismos proletarios y demás trabajadores, para llegar a una forma de repartición en que se dé a cada uno según su trabajo.

Esta escuela lo que pretende es que la sociedad se libere de cualquier clase de subordinación o dependencia, para llegar a una forma de repartición según lo que le corresponda.

“La doctrina social de la iglesia tiene su base fundamental en las encíclicas: Rerum Novarum (1891), Quadragesimo Anno (1931) y Mater et Magistra (1961). La

Rerum Novarum abogó por la reglamentación de las horas de trabajo, del trabajo femenino y de menores. Asimismo condenó la fijación de un salario insuficiente, sin un deber de estricta justicia, para el patrón pagar al asalariado una remuneración que le permita vivir en condiciones humanas. Las otras encíclicas complementaron y ampliaron la primera.”¹⁵

Esta doctrina se basa en las cartas solemnes del sumo pontífice en donde se reglamentó un horario y un salario digno para el trabajador.

b) Desarrollo histórico

“El trabajador que presta sus servicios subordinadamente ha pasado de ser un esclavo en la edad antigua, un siervo de la edad media (conocido también como el siervo de la gleba), a un sujeto con derechos y libertades en la actualidad. El derecho ha venido a regular condiciones mínimas necesarias para una estabilidad social. Las revoluciones Rusa y Mexicana de 1917 comenzaron una tendencia mundial a que los trabajadores reivindicaran sus derechos.

El surgimiento de las primeras leyes laborales data desde la segunda mitad del siglo XIX, pero no es sino hasta el año de 1919 donde esta nueva rama del derecho adquiere su acta de nacimiento con el tratado de versalles que pone fin a la primera guerra mundial, donde nace el derecho del trabajo como una rama autónoma con

15 http://www.es.wikipedia.org/wiki/Derecho_laboral_Antecedentes, **Wikipedia, la enciclopedia libre**, 27 de enero de 2012.

reglas, instituciones y técnicas propias.”¹⁶

c) Concepto y definición de derecho de trabajo

El derecho de trabajo, denominación más adecuada para designar esta disciplina jurídica, se integra de dos vocablos: derecho y trabajo. Indica la existencia de una nueva rama de las ciencias jurídicas, aquella que tiene por misión el estudio de los problemas legales que hacen relación con la actividad laboral.

Al derecho de trabajo se concibe como un conjunto de principios doctrinales que pueden ser modificados, atemperándose al desarrollo industrial y económico.

El tratadista Trueba Urbina, citado por De Buen¹⁷ indica que “Derecho del trabajo es el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven en sus esfuerzos materiales o intelectuales, para la realización de su destino histórico: socializar la vida humana.”

Refiriéndose al mismo tema Indica Mario de la Cueva citado por José Dávalos¹⁸ “El derecho del trabajo, producto de la lucha de clases y apoyado en el pensamiento socialista, en sus capítulos sobre las condiciones de trabajo, es un esfuerzo para atemperar la miseria y la explotación a los trabajadores y elevar sus niveles materiales

16 **Ibid.**

17 De Buen, Néstor, **Derecho de trabajo**, Pág. 127.

18 Dávalos, **Ob. Cit.**; Pág. 9.

sobre la vida puramente animal, pero no es ni puede ser una realización plena de la justicia, porque ésta no podrá existir en tanto subsistan el régimen capitalista y su Estado, la enajenación del hombre por el hombre. Pero tiene el derecho de trabajo una excelsa misión, porque su idea es la justicia y porque todo lo que se entregue al trabajo será la entrega de una parte de lo que habrá de corresponderle en el mundo del mañana, y porque todo beneficio al trabajo es una aproximación a la justicia.”

En consecuencia puede afirmarse que el derecho de trabajo es la rama del derecho público que estudia el conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la relación entre patronos y trabajadores con ocasión del trabajo; también regula los derechos y obligaciones de ambas partes y crea instituciones para resolver sus conflictos.

1.4. Características del derecho de trabajo

A diferencia de los principios generales del derecho de trabajo que por lo general tienen dos funciones fundamentales, la primera como fuente supletoria, cuando la ley deja vacíos o lagunas y no existe jurisprudencia, uso o costumbre aplicable, los principios del derecho de trabajo entran como suplemento; y la segunda como fuente interpretadora de la norma vigente, cuando ésta sea confusa o haya diversas interpretaciones posibles, el derecho de trabajo ha adquirido ciertas características que lo hacen distinguirse de las demás ramas jurídicas. Puedo considerar que las más distintivas son las siguientes:



a) Es un derecho protector de la clase trabajadora

Esta es una característica que la mayoría de los autores coincide en atribuir a la materia en estudio, y consiste en que el ordenamiento laboral tiene por finalidad apoyar y proteger a la clase trabajadora, que es la parte más débil en la relación patrono-trabajador. Esto se puede válidamente desprender del artículo 101 de la Constitución Política de la República de Guatemala: El cual establece: “El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social”.

El Artículo en mención no es un Artículo de comercio, exige respeto para las libertades y dignidad de quien lo presta y debe efectuarse en condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia.

Así mismo el Código de Trabajo Decreto número 1441 del Congreso de la República de Guatemala en el considerando cuarto literal a) hace alusión a ésta característica: “El derecho de trabajo es un derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de éstos, otorgándoles una protección jurídica preferente”.

b) Es un mínimo de garantías sociales para los trabajadores

Esta es una característica que, en forma unánime, se ha aceptado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y significa que el derecho de trabajo existe sobre la base de

los derechos que a favor de los trabajadores se han consagrado en la legislación, constituyen el mínimo que debe reconocérseles, sin perjuicio de que puedan ser mejorados; más nunca reducidos o negados.

“El grado de aplicación del proteccionismo es tan marcado, dice el autor guatemalteco Fernández Molina¹⁹ que se impone aún frente o en contra de las del propio trabajador. De aquí se deriva el principio de la irrenunciabilidad: Son nulas todas las estipulaciones que impliquen disminución o tergiversación de los derechos de los trabajadores, aunque se expresen en un convenio o contrato de trabajo, o en cualquier otro documento. Esta característica se implementa con el objeto de asegurar los mínimos que establece la ley y evitar que el trabajador renuncie a esos mínimos, ya sea por presiones, engaños o cualquier otro motivo, bajo la premisa que el trabajador, ya por necesidad o por presión del empleador pueda renunciar a garantías mínimas con tal de obtener un trabajo. El legislador y hasta el constituyente han dejado plasmada esta disposición; por lo mismo, resulta nula una renuncia de derechos que haga el trabajador; esto significa que, aunque el trabajador haya firmado un documento renunciando a derechos o aceptando prestaciones menores a los que le corresponden, mantiene vigente la posibilidad de reclamar aquellos, y cualquier juez laboral debe atender el reclamo de esos derechos que estén pendientes de ser otorgados al trabajador.”

Así mismo el Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República

¹⁹ Fernández Molina, **Luis.**; Pág. 9.

de Guatemala en el considerando cuarto literal b) se refiere a esta característica así:

“El derecho de trabajo constituye un mínimum de garantías sociales, protectoras del trabajador, irrenunciables únicamente para éste y llamadas a desarrollarse posteriormente en forma dinámica, en estricta conformidad con las posibilidades de cada empresa patronal, mediante la contratación individual o colectiva, y, de manera muy especial, por medio de los pactos colectivos de condiciones de trabajo.”

c) Es esencialmente conciliatorio

Más allá de la pugna entre el capital y el trabajo, de los intereses encontrados de patronos y trabajadores, el elemento nutriente de esta rama jurídica es su vocación conciliadora. No se trata de atacar a los empleadores ni de limitar a los trabajadores. Siempre van a existir patronos y dependientes, siempre va haber puntos opuestos entre ellos. Pero así como el derecho en general debe buscar la armonía dentro del contexto de una sociedad, el derecho de trabajo está llamado a cumplir una misión muy importante y delicada, como lo es lograr la sincronización de los actores de la producción, a efecto de beneficiar a la sociedad en su conjunto.

La Carta Magna expresamente establece en el Artículo 103 que: “las leyes que regulan las relaciones entre empleadores y el trabajo son conciliatorias, tutelares para los trabajadores y atenderán a todos los factores económicos y sociales pertinentes. Para el trabajo agrícola la ley tomará especialmente en cuenta sus necesidades y las zonas en que se ejecuta.” Por su parte los considerandos del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala invocan, una



mayor armonía social. Así el considerando cuarto literal f) dice: “El derecho de trabajo es un derecho hondamente democrático porque se orienta a obtener la dignificación económica y moral de los trabajadores, que constituyen la mayoría de la población, realizando así una mayor armonía social, lo que no perjudica, sino que favorece los intereses justos de los patronos; y porque el derecho de trabajo es el antecedente necesario para que impere una efectiva libertad de contratación, que muy pocas veces se ha contemplado en Guatemala, puesto que al limitar la libertad de contratación puramente jurídica que descansa en el falso supuesto de su coincidencia con la libertad económica, impulsa al país fuera de los rumbos legales individualistas, que sólo en teoría postulan a la libertad, la igualdad y la fraternidad.”

Para concluir cabe mencionar también respecto a ésta característica lo que establece el considerando sexto del mismo Código: “Que las normas del Código de Trabajo deben inspirarse en el principio de ser esencialmente conciliatorias entre el capital y el trabajo atender a todos los factores económicos y sociales pertinentes.”

1.5. Sujetos del contrato individual de trabajo

En el contrato de trabajo intervienen, por una parte, el elemento que emplea la actividad ajena y paga por ella un precio y, por otra, la que realiza el esfuerzo, que puede ser físico o intelectual, percibiendo por la dejación que de su trabajo hace, un salario. No es preciso que se dé la efectiva realización de un esfuerzo físico, para que exista contrato.

“Sujetos del contrato de trabajo son, pues, aquel que presta un servicio por un precio y aquel otro que recibe dicha prestación.”²⁰ Son las personas vinculadas en la relación por medio de los derechos y obligaciones que nacen de ella.

a) Trabajador

Considero necesario antes de estudiar a fondo el presente tema, desarrollar la importancia o el papel que juega el trabajador en esta rama del derecho.

➤ La importancia del trabajador

Como ya se apuntó, el trabajo es la actividad racional del hombre encaminada a la producción de bienes materiales. En el curso del trabajo el hombre aporta su influjo sobre la naturaleza para adaptar los productos de ésta a sus necesidades. El trabajo es herencia exclusiva del hombre, una eterna necesidad natural y la primera condición de toda la vida humana.

Los hombres se sirven de los instrumentos de producción para proceder sobre los objetos de trabajo, es decir, aquello sobre lo cual recae el trabajo del hombre; y como el trabajo del hombre recae sobre la naturaleza circundante, la propia naturaleza (la tierra, y el subsuelo, las aguas, etc.) es objeto universal del trabajo.

²⁰ Cabanellas, **Ob. Cit.**; Pág. 303.

“Todos los medios y los objetos del trabajo constituyen en conjunto, los medios de producción. Pero estos, como es lógico, no pueden por si solos crear bienes materiales. La máquina más perfecta es absolutamente ineficaz si no interviene el hombre. De ahí que el factor decisivo de toda producción sea el hombre; es decir su fuerza de trabajo.”²¹

➤ **Concepto y definición de trabajador**

En términos generales, es trabajadora toda persona que realiza un trabajo, esto es, todo individuo que trabaja. Obviamente se trata de un criterio demasiado amplio que poco aporta a un estudio iuslaboralista. De ese amplio concepto se deben tomar los elementos pertinentes para llevarlo al terreno específico en el cual se estudia.

“Trabajador es aquella persona individual que presta el servicio bajo la dependencia del patrono y por una retribución determinada. El trabajador asume la característica del obrero cuando su actividad de trabajo es preferentemente física o manual; y asume la característica de empleado cuando el trabajo es preferentemente intelectual.”²²

El Artículo 3 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, define al trabajador así: “Trabajador es toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros; en virtud de un contrato o relación de trabajo.”

21 Nikitin, P., **Ob. Cit.**, Pág. 7.

22 Serra Caldera, Alejandro, **Derecho del trabajo**, Pág. 69.

b) Patrono

Antes considero necesario desarrollar la importancia del patrono en la relación laboral.

➤ **La importancia del patrono**

El motivo principal para estudiar el tema propuesto radica en la gran diversidad de figuras que surgen espontánea o forzosamente de un tiempo para acá, dada las cambiantes necesidades de unas relaciones de trabajo, cada vez más complejas.

Patrono ó empleador son los términos más empleados universalmente para designar a aquella persona o personas físicas o inmateriales que otorgan, generan o dan trabajo, aún cuando su denominación arcaica de patrón o patrono ha sufrido modificaciones con el paso del tiempo. Su presencia o determinación clara será siempre de enorme importancia dentro del derecho de trabajo. Ello es así en diversas latitudes, y tantas y tan variadas fluctuaciones o variaciones corresponden necesariamente al mayor o menor grado de complejidad en los intercambios sociales que motivan la retribución del trabajo asalariado.

“La importancia del empleador es manifiesta dentro del ámbito individual a través del contrato individual de trabajo como se le conoce y denomina en las legislaciones. Es importante destacar que la relación individual puede tener en el extremo patronal o empresarial al propio Estado, lo que altera sensiblemente las condiciones de empleo, puesto que en la mayoría de países existe una legislación independiente que regula la



relación laboral individual de una persona natural con el Estado empleador.”²³

➤ **Concepto y definición de patrono**

“El término patrón fue adjudicado al dador del trabajo, al jefe, al director, etc., y se aplica aun entre los trabajadores para distinguir a aquella persona que da órdenes, que genera trabajo y que representa a la autoridad dentro de la agrupación. Al ser dictadas normas por los Estados, el vocablo se destinó para distinguir a esas personas como empleadoras; posteriormente, sufrió una reforma o adición y se le dijo patrono; término éste que ya figura así consagrado en las recopilaciones nacionales y primeramente dentro de las organizaciones internacionales como la OIT. Concretamente para el caso colombiano, por medio de la ley 50 del año 1990 se cambió la denominación patrono por la de empleador, nominación formal que hoy se conserva y que en mucho sigue los lineamientos que la OIT ha formulado y sugerido dentro de la más moderna nomenclatura internacional y que se ha incorporado a los textos legales de los últimos años.”²⁴

En consecuencia, patrono es aquella persona natural o jurídica, bajo cuya dependencia o dirección, directa o indirecta, se realiza la prestación de trabajo.

“El patrono debe ser una persona, ya sea individual o jurídica. En el primer caso debe ser civilmente capaz, esto es, mayor de dieciocho años y en el goce pleno de sus

23 <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/23.pdf>, **El empleador**, 28 de enero de 2012.

24 **Ibid.**

facultades y derechos; en caso de menores o incapaces, podrán actuar mediante representante legal. En el segundo supuesto, la personalidad tuvo que ser otorgada por virtud de la ley, sea esta mercantil o civil, nacional o extranjera.”²⁵

El Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 2 define al patrono al establecer que: “Patrono es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo.”

1.6. El contrato individual de trabajo

Otro tema sin duda de mucha importancia por tener íntima relación con la institución sobre el cual se trabaja esta tesis, es el contrato individual de trabajo, tema que a continuación se desarrolla.

El contrato como institución, tiene en lo laboral, una significación muy especial. Por un lado se cuestiona su inserción e importancia –dándole preeminencia a la mera relación de trabajo-, y por otro lado se obvia un análisis profundo de su aplicación práctica, al punto que muchas legislaciones, sin entrar a mayor examen, confunden en forma tácita y aún en forma expresa, los conceptos contrato de trabajo y relación de trabajo, por lo que se hace necesario el estudio de ambas instituciones.

25 Fernández, Molina, **Ob. Cit.**; Pág. 196.



Dentro del sector mayoritario de la doctrina laboral de corte publicista, predomina la tendencia a rechazar o aislar el contrato como una institución o elemento que pertenece a otra disciplina jurídica. Según ello, si el derecho laboral ha venido incorporando el término de contrato, ha sido por las deficiencias propias de una nueva rama jurídica que, por sus precarios inicios, tomaba prestadas figuras de su rama matriz. Sin embargo, con el afán de resaltar la independencia de sus principios y de sus instituciones, las señaladas corrientes concluyen por dar preponderancia a la relación de trabajo sobre el contrato de trabajo, sobre todo, porque el contrato tiene una innegable raigambre civil, esto es, contractual. Ello explica el interés de eclipsar la figura del contrato, resaltando por el contrario lo que es la relación laboral.

“Los anticontractualistas relegan a un segundo plano las formalidades del Contrato, dando prevalencia al hecho mismo de la prestación del trabajo, a la relación laboral, ya que el aparato legal laboral interviene en forma automática y plena con el sólo hecho de que una persona trabaje en relación de subordinación de un patrono, no pudiendo las partes pactar libremente todas las condiciones de trabajo. Da la impresión que la legislación guatemalteca, de marcado corte publicista, hubiese querido reducir al mínimo la regulación de los contratos y sus connotaciones. La admisión de la figura del contrato en el mismo punto de partida de la relación obrero-patronal, realza su aspecto voluntario.”²⁶

26 Fernández Molina, **Ob. Cit.**; Pág. 102.

a) Definición de contrato individual de trabajo

Según Lotmar, citado por Cabanellas²⁷ en el plano del derecho positivo “El contrato de trabajo es aquel por el cual una persona (trabajador) se obliga respecto de otra (patrono) a trabajar durante un tiempo determinado o a ejecutar alguna obra mediante un precio.”

Es interesante observar lo que el autor citado anteriormente menciona en su definición de contrato individual de trabajo, al referirse a la persona que toma la obligación de trabajar durante un tiempo o a ejecutar alguna obra a otra persona que también se obliga a pagar un precio.

Dentro de las definiciones contenidas en los proyectos presentados en Hispanoamérica destaca la de Saavedra Lamas, también citado por el maestro Cabanellas²⁸ la que expresa: “El contrato de trabajo tiene por base la prestación individual o colectiva de servicios comerciales o industriales, mediante una remuneración en dinero; como se ve, quedan exentos de las disposiciones, por propia definición, los obreros agrícolas cuando es innegable que realizan con su patrono un verdadero contrato de trabajo, así como quienes prestan servicios domésticos.”

En el Artículo 18 del Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República de Guatemala, se encuentra la definición del contrato individual de trabajo.

27 Cabanellas, **Ob. Cit.**; Pág. 260.

28 **Ibid**, Pág. 263.



Este Artículo establece que: “Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de ésta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.”

b) Elementos del contrato individual de trabajo

Los elementos del contrato individual de trabajo, se dividen en elementos subjetivos, objetivos y formales.

➤ Elementos subjetivos

Entre los elementos subjetivos del contrato individual de trabajo se encuentran el patrono y el trabajador, figuras a las que ya se hizo alusión con anterioridad en el apartado de definiciones. Sin embargo cabe mencionar que la naturaleza jurídica del contrato de trabajo es ser un negocio jurídico, por lo cual debe regirse por las normas generales aplicables a todo contrato; es entendido entonces que los elementos son los mismos que deben aplicarse a un negocio jurídico en general. Estos elementos los establece el Código Civil, Decreto 106 en el Artículo 1251 así: “El negocio jurídico requiere para su validez capacidad del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”. En consecuencia son: la capacidad, el consentimiento y el objeto lícito.

- **La capacidad**

La capacidad es la aptitud que tiene una persona para ser titular de derechos y obligaciones, o la aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación. Esta se divide en capacidad de goce y de ejercicio.

La capacidad de goce también es denominada de derecho. Bonnecase, citado por Brañas²⁹ dice: “La capacidad de goce es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”.

La capacidad de ejercicio es la facultad de cumplir por sí mismo y ejercer de igual manera los deberes y derechos jurídicos. A esta capacidad también se le denomina capacidad de obrar, o de hecho. Brañas³⁰ citando a Rojina Villegas dice: “La capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.” Esta capacidad se adquiere según la legislación guatemalteca, por la mayoría de edad; esto lo encontramos en el Artículo 8 del Código Civil, Decreto Ley número 106.

29 Brañas, Alfonso, **Manual de Derecho Civil**, Pág. 36.

30 **Ibid**, Pág. 37.

También existe la capacidad relativa que consiste en la de un menor de edad para contratar su trabajo, así el Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República en su Artículo 31 establece: “Tienen también capacidad para contratar su trabajo, para percibir y disponer de la retribución convenida y, en general, para ejercer los derechos y acciones que se derivan del presente Código, sus reglamentos y de las leyes de previsión social, los menores de edad de uno u otro sexo, que tengan catorce años o más y los insolventes y fallidos...”

- **El consentimiento**

El consentimiento es la manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual una persona se vincula jurídicamente. El consentimiento se basa en la libertad de trabajo claramente plasmada en la Constitución Política de la República de Guatemala, así como en el Código de Trabajo.

La constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 101 establece que el trabajo es un derecho y no una obligación así: “El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social”.

Así mismo el Artículo 102 literal a) de la misma Carta Magna establece la libre elección de trabajo. Textualmente dice: “Derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna.”

De igual manera se establece esta libertad en lo señalado en los Artículos 18 y 19 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, al referirse al concepto de contrato individual de trabajo y a la relación laboral respectivamente, ya que puede afirmarse que los mismos conceptos implican el concepto de consentimiento.

- **El objeto lícito**

El objeto de un negocio jurídico debe llenar ciertos requisitos, tales como que sea de lícito comercio, que sea una actividad idónea, que sea posible, que no sea inmoral, no deben causar perjuicio a terceros de buena fe, así también que no sean prohibidos por la ley. El objeto en el contrato de trabajo, es una actividad idónea, un servicio que presta el trabajador en beneficio del patrono, quien en compensación del salario que paga tiene derecho a los frutos del trabajo.

- **Elementos objetivos**

Los elementos objetivos del contrato de trabajo lo constituyen: La prestación personal del servicio, la subordinación, y la remuneración o el pago. Elementos que a continuación se desarrollan.

- **La prestación personal del servicio**

Este elemento implica que una parte de la ejecución de los trabajos o compromisos

laborales, la lleve a cabo una persona individual; por la otra parte, el beneficiario del servicio puede ser, una persona individual o jurídica.

- **La subordinación**

Este es el elemento que más destaca en el contrato de trabajo y que lo distingue de cualquier otro contrato dentro del abanico acuerdo de voluntades. Consiste en la voluntaria sujeción de una persona a seguir las instrucciones de otra dentro del contexto de los servicios pactados. Conlleva la facultad del empleador para exigirle al trabajador, ante todo, la prestación personal del servicio y por lo mismo, el cumplimiento en cualquier momento de la jornada, de órdenes relacionadas con la ejecución de trabajo, así como de imponerle condiciones y reglamentos.

“Se determina de esta subordinación, aspectos tales como la sujeción a un horario, a las condiciones generales del reglamento interior de trabajo, instrucciones concretas para la ejecución de los trabajos (aún podría ser con una técnica diferente de la acostumbrada por el trabajador). Es claro que la sujeción se limita a lo pactado en el contrato y teniendo como parámetro las regulaciones legales de la materia.”³¹

- **La remuneración o pago**

“Es el elemento necesario para configurar un contrato de trabajo. Servicios personales

31 Fernández, Molina, **Ob. Cit.**; Pag. 111.

pueden darse de muchas formas, pero no en todos es a cambio de una retribución directa; pueden ser obras caritativas, servicios a la comunidad, favores familiares o amistosos. De ahí deriva que lo que se paga es un honorario y no un salario, no se está ante una vinculación Jurídico laboral sino de otro tipo.”³²

Por último cabe mencionar lo que estipula el Artículo 18 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República, Artículo que establece los elementos especiales o esenciales del contrato individual de trabajo. Éste dice: “Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de ésta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.”

➤ **Elementos formales**

Los elementos formales del contrato individual de trabajo se refieren a la forma en la que pueden ser celebrados, estas son verbales o escritas.

Tomando en cuenta las formalidades propias de toda organización o centro de trabajo debe celebrarse siempre el contrato de trabajo antes de iniciar una relación laboral, y éste debiera celebrarse por escrito, sin embargo es sabido que no en todas las

32 **Ibid**, Pág. 112.

empresas se celebran contratos por escrito, simplemente se comienza a trabajar. Aún en los casos en que la ley permite el contrato verbal, es aconsejable que se celebre por escrito.

Al respecto Cabanellas³³ dice: “Siendo el contrato un acto consensual, se perfecciona por el simple consentimiento de las partes. Puede hacerse, por tanto, verbalmente o por escrito. La norma es establecerlo de esta última manera cuando por su cuantía deba exigirse una prueba fehaciente, y en los contratos colectivos sin excepción, en razón principal a la importancia que estos últimos revisten.”

El Artículo 27 del Código de Trabajo, Decreto número 1441 establece: “El contrato individual de trabajo puede ser verbal cuando se refiera a: a) A las labores agrícolas o ganaderas; b) Al servicio doméstico; c) A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de sesenta días; y d) 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...”

El Artículo 28 del mismo Código establece que: “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 queda obligado a hacer llegar al Departamento Administrativo de Trabajo, directamente o por medio de la autoridad de trabajo más cercana, dentro de los quince días posteriores a su celebración o novación.”

33 Cabanellas, **Ob. Cit.**; Pág. 357.

- **La relación laboral**

Se trata de otro elemento fundamental dentro de esta materia objeto de estudio. La relación de trabajo es el hecho mismo de la prestación del servicio, esto quiere decir que puede existir relación de trabajo sin que exista previamente un contrato de trabajo, pero no al contrario. Es decir que aunque se celebre un contrato ya sea éste escrito, verbal o tácito, no supone de modo necesario la relación laboral. En consecuencia puede haber contrato y nunca darse la relación laboral.

Al respecto Cabanellas³⁴ dice: “Es conveniente establecer la distinción entre las nociones de contrato de trabajo, relación de trabajo y su reglamentación legal o contractual. El contrato es el acuerdo de voluntades, la relación de trabajo es el efecto del contrato o sea la ejecución de éste y la reglamentación de trabajo es la imposición legal normativa que determina las consecuencias que el legislador fija por sobre la voluntad de las partes contratantes.”

Deveali citado por Cabanellas³⁵ afirma que: “La expresión relación de trabajo tiene un sentido propio. No siempre la estipulación del contrato de trabajo coincide con la prestación del trabajo puesto que puede producirse el caso de un contrato por el cual el trabajador se obliga a prestar sus servicios solamente a partir de una determinada fecha futura. En este caso ya existe un contrato de trabajo el cual importa obligaciones recíprocas para ambas partes; pero la relación de trabajo en sentido

34 Cabanellas, **Ob. Cit.**; Pág. 313.

35 **Ibid**, Pág. 314.



propio existirá recién desde el momento en que el trabajador comience a prestar su trabajo por cuenta del patrón. La relación de trabajo en sentido propio, coincide, pues, con aquella parte de la ejecución del contrato que se inicia en el momento y por efecto de la prestación de trabajo y existe mientras dure la misma”.

“La doctrina señala otros supuestos en los que la relación de trabajo no se constituye por medio de un contrato. El contrato es nulo si se establece por debajo de las condiciones consignadas en la ley. En estos casos la relación de trabajo subsiste; la ley establece cómo debe sustituirse esa relación y otorga derechos y obligaciones para ambas partes, que se deben cumplir.”³⁶

Concluyo con lo que para el efecto establece el Artículo 19 del Código de Trabajo: “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...”. Es de notar aquí que no importa que exista un contrato de trabajo para que se inicie la relación laboral, sino que basta con que se inicie la prestación del servicio.

36 Dávalos, **Ob. Cit.**; Pág. 106.

CAPÍTULO II

2. El preaviso

El preaviso constituye el derecho que el trabajador tiene a renunciar a su trabajo, así como el patrono a despedir a sus empleados, avisando con anticipación. Es por ello que considero interesante antes, comentar sobre la importancia que tiene la misma.

2.1. La importancia del preaviso

La importancia del preaviso, según su desarrollo y doctrinas, es impedir la ruptura brusca del contrato de trabajo o la relación de laboral, evitando así perjuicios a las partes. Resulta pues ser una forma voluntaria de desligarse, avisando con anticipación a la otra parte, la ruptura del vínculo que les une. Al respecto Russomano³⁷ comenta: “por lo tanto y hasta cierto punto, de modo contradictorio, se reconoce por una parte que es posible rescindir el contrato por acto unilateral de cualquiera de los contratantes, pero al mismo tiempo el derecho del trabajo se inspira en la idea que conviene buscar garantías a la continuidad en la prestación de servicios y al desenvolvimiento normal de las relaciones entre empleados y empleadores.”

En lo anterior se encuentra claramente que la importancia del preaviso tomado separadamente, será para el trabajador, no ser sorprendido por la disolución del

37 Russomano, M.V., *El Preaviso en el Derecho de Trabajo.*, Pág. 9.

contrato o la relación de trabajo en virtud del acto unilateral del patrono, y para el patrono poder utilizar al amparo del preaviso, ese tiempo para adiestrar o seleccionar al nuevo trabajador.

2.2. Concepto y definición de preaviso

Para formarse una idea de lo que es el preaviso, en términos generales es en sí un aviso, con la preposición “pre”, que indica un aviso previo, o bien un anuncio anticipado.

Tomando este concepto adaptado al derecho de trabajo, el preaviso es sencillamente un anuncio previo dado por una de las partes a la otra, informándole que en una fecha futura dará por terminado el contrato individual de trabajo o la relación laboral.

Autores como Hirose Pimpão, citado por Russomano³⁸ lo define así: “El preaviso es el espacio de tiempo fijado por la ley, que antecede a la rescisión unilateral del contrato de trabajo por plazo indeterminado, cuando no exista un motivo imperioso, y durante el cual la parte avisada debe procurar restablecer las condiciones normales de su trabajo, evitando así, por consecuencia, la ruptura brusca de los vínculos contractuales.” Este autor toca algunos aspectos importantes a mencionar, especialmente en lo que se refiere a que el mismo se da cuando no existan motivos imperiosos, para dar por terminada la relación laboral. Los motivos imperiosos son los que se dan cuando

38 Russomano, M. V., **Ob. Cit.**, Pág. 3.

surge el despido realizado por parte del patrono, con causas justificadas para dar por terminada la relación laboral; o bien, el trabajador se da por despedido, por tener causales que den lugar a dar por terminada la relación laboral. Otros elementos valiosos son: el hecho que aclara que sólo se da en contratos de trabajo por plazo indeterminado, así como que previene la ruptura brusca de los vínculos contractuales.

El aviso de rescisión del contrato de trabajo, según Kaskel, citado por Cabanellas³⁹, es: "El derecho de extinguir la relación de trabajo mediante una declaración de voluntad." Este autor centra su atención en hacer notar que la rescisión, es un derecho que tiene una de las partes cuyo ejercicio es voluntario. Al respecto es oportuno hacer una observación, ya que el autor opina que es un derecho el poder rescindir, pero también hay que tomar en cuenta que todo derecho lleva aparejada una obligación; surgiendo la misma, con el hecho que a la par del derecho de rescisión, está la obligación de avisar con la respectiva antelación el ejercicio del mismo, a fin de no desligar los vínculos contractuales repentinamente o por sorpresa, para la otra parte.

Al respecto Russomano⁴⁰ opina que: "El preaviso es la notificación anticipada debida a la parte contraria, por quien rescinde el contrato individual de trabajo." Este autor le da un carácter más legalista, ya que usa la palabra notificación; término que encierra un contenido jurídico. De esta manera el preaviso ya no es un aviso sencillo, sino adquiere ya un carácter específico. Se le da pues al preaviso un carácter serio y formal, ya que el mismo debe llenar los requisitos del comunicado de esta naturaleza

39 Cabanellas, G., **Contrato de Trabajo Vol. III**, Pág. 506-507.

40 Russomano, M. V., **Ob. Cit.**, Pág. 8.

Pérez Lobo, citado por Cabanellas⁴¹ al respecto dice: “También se ha definido en la doctrina como la denuncia del contrato con la que una de las partes advierte a la otra, para evitarle daños y perturbaciones, su propósito de que, al llegar al término fijado, finalice el convenio”. Este criterio coincide con el pensamiento del autor ya citado Hirose Pimpão, en el sentido que habla de evitar la ruptura brusca de los vínculos contractuales, y el criterio del primero transmite la idea de evitar daños y perturbaciones, al llegar al término del contrato. Cabanellas⁴² citando a Ramírez Gronda, asevera que: “El preaviso es la prevención, advertencia, información o noticia anticipada de la terminación del contrato...”

También Ely José Da Rocha, citado por Russomano⁴³, sobre el particular opina que: “Preaviso es la notificación que una de las partes, en el contrato de trabajo por plazo indeterminado, da a la otra, de la cesación del mismo contrato, al término de determinado plazo.”

Cabanellas⁴⁴ citando a Unsain caracteriza el preaviso, aseverando que: “La notificación o advertencia que una de las partes en el contrato de empleo privado formula a la otra, haciéndole saber la cesación o ruptura del mismo para una época señalada...” Esta conceptualización también da la idea que el preaviso es una notificación; pero Unsain compara a la notificación con una advertencia, lo que hace pensar en que tal notificación puede no ser tan formal.

41 Cabanellas, G., **Ob. Cit.**, Pág. 507.

42 **Ibid.**

43 Russomano, M. V., **Ob. Cit.**, Pág. 4.

44 Cabanellas, G., **Ob. Cit.**, Pág. 507.



Fernández Gianotti, citado por Cabanellas⁴⁵ señala que preaviso es: “La denuncia de un acto jurídico unilateral, recepticio, que hace cesar para el futuro los efectos del contrato de trabajo, de duración indeterminada.” Cabanellas⁴⁶ comenta que para este autor, se está ante un “acto voluntario lícito, que tiene por fin inmediato aniquilar los derechos emanados del contrato de trabajo”.

Cabanellas⁴⁷ por su parte define el preaviso de la siguiente forma: “...El preaviso, constituye la noticia que una parte da a la otra de su propósito de rescindir, vencido el lapso señalado, el contrato de trabajo que las ligaba; presupone siempre la ruptura unilateral del contrato de trabajo, por denuncia que formula una de las partes a la otra; y el hecho de que este aviso previo esté bien o mal dado, se ajuste a los términos de la ley o difiera de ellos, no deja de surtir sus efectos, por cuanto significa una notificación anticipada que una de las partes dirige a la otra sobre su propósito de disolver el contrato de trabajo.” Respecto a la definición del jurista Cabanellas considero que la misma llena todos los requisitos esenciales para que se conceptualice la figura del preaviso; sin embargo, analizando tal concepto, el hecho de que la notificación esté bien o mal dado no deje de surtir efectos, lo considero no muy acertado ya que este aviso previo debe llenar los requisitos legales para evitar que la finalidad de tal institución surta sus efectos.

Caldera⁴⁸ manifiesta que: “El preaviso es sencillamente el anuncio previo dado por una

45 *Ibid*, Pág. 508.

46 *Ibid*.

47 *Ibid*.

48 Caldera, R., **Derecho de Trabajo, Tomo I**, Pág. 380.

de las partes a la otra, con determinada anticipación a la fecha en que va a consumarse la extinción del vínculo, de su decisión de poner fin a la relación de trabajo por voluntad unilateral.” Miguel Fenech⁴⁹ dice: “...se ha venido entendiendo: aviso previo, anticipado, de despido, con facultad de poder utilizar determinado número de horas de la jornada de trabajo para buscar una nueva colocación”.

La legislación guatemalteca vigente, a través del Decreto número 1441 del Congreso de la República, en el artículo 83 establece: “El trabajador que desee dar por concluido su contrato por tiempo indeterminado sin justa causa o atendiendo únicamente a su propia voluntad y una vez que haya transcurrido el período de prueba debe dar aviso previo al patrono de acuerdo con lo que expresamente se estipule en dicho contrato, o en su defecto de conformidad con las siguientes reglas:..” En el segundo párrafo del mismo artículo se especifica las formalidades que debe llenar tal aviso previo, previendo futuros problemas litigiosos originados de tal decisión unilateral.

Concluyo con la opinión que el preaviso, es una declaración de voluntad hecha en forma unilateral, con la debida anticipación por una de las partes que forman la relación laboral, de dar por concluido el contrato individual de trabajo o relación laboral.

2.3. Naturaleza jurídica del preaviso

El objetivo principal de la institución del preaviso es prevenir a las partes que forman la

49 Fenech, M, **Enciclopedia práctica de Derecho, Vol. I, Pág. 653.**

relación laboral, las situaciones que puedan producirse con la finalización o extinción del contrato individual de trabajo por tiempo indefinido o bien de la relación laboral.

Es desde luego una medida accesoria que trata de proteger la continuidad de la producción y la estabilidad laboral del trabajador, en forma relativa. El preaviso está destinado a que el trabajador obtenga un nuevo empleo en su actividad; y para el patrono lograr un trabajador para que sustituya al cesante. Hay que hacer constar que tal finalidad puede ser ineficaz por el pago de una suma de dinero por falta de tal aviso; pero, la finalidad esencial del legislador es el ritmo de normalidad en el orden de producción.

Algunas legislaciones denominan indemnización por falta de preaviso, pero en realidad no es así; ya que esta llamada indemnización más bien es una pena o una sanción, según algunos estudiosos de la materia, ya que de lo contrario podría encuadrarse en una acción por derecho común. Esta indemnización por falta de preaviso, debe beneficiar a la parte que ha sufrido la separación brusca, ya sea de su ocupación habitual o trabajo, o bien el rompimiento normal de las actividades de producción. Por otra parte el Estado no puede permanecer indiferente ante esta aplicación de la pena o sanción, ya que él mismo debe velar porque la separación brusca del trabajo hecha por el empleador, conducirá al trabajador a engrosar la gran población del sector desempleado. Por otro lado también el patrono sufrirá una merma en su producción o interrupción de la misma y si los productos son de primera necesidad, sería también la sociedad la que sufra las consecuencias de la falta de preaviso. Es pues el preaviso una valla que debe detener la ruptura brusca de la relación laboral manteniendo el



ritmo de producción y la estabilidad en el empleo, aunque sea en una forma mínima y relativa.

Resulta claro que el preaviso, es una información anticipada de la ruptura de la relación laboral; siendo el mismo una notificación de la manifestación unilateral de una de las partes contratantes, con las características de ser voluntaria y potestativa; y con efecto de poner en conocimiento del otro que dentro de un plazo fijado la relación laboral se dará por terminada. La relación subsiste mientras corre el plazo del preaviso; durante este plazo las partes pueden adoptar las medidas necesarias para poder salvaguardar sus intereses, una vez que el plazo termine.

Por medio del preaviso el contrato individual de trabajo a plazo indeterminado, aparentemente se vuelve determinado. Desde luego que esta decisión unilateral no modifica la estructura del contrato de trabajo o la relación laboral; sino únicamente en cuanto a su vigencia, ya que las otras obligaciones se mantienen conforme a lo pactado. El preaviso tiene carácter suspensivo, con el objeto de poner fin o término al contrato individual de trabajo.

Russomano citado por Cabanellas⁵⁰, sobre la naturaleza jurídica del preaviso dice: "...que se está ante un aviso, ante una notificación dada por la parte que rescinde el contrato individual de trabajo a la otra parte, a fin de que ésta posea anticipado conocimiento de su decisión". Agrega a manera de comentario que la falta de ésta

50 Cabanellas, G., **Ob. Cit.**, Pág. 510.

produce la indemnización denominada: Por falta de preaviso, la cual se da en consecuencia de no haberlo dado y los daños y perjuicios que causa por la súbita ruptura de la relación contractual.

Según Oliveira Viana, también referido por el maestro Cabanellas⁵¹ “En la indemnización de aviso previo, lo que hay es apenas el pago del salario durante el plazo de preaviso, como si el contrato no se hubiese interrumpido durante este plazo; en tanto que, en la hipótesis del despido sin justa causa, lo que hay es una reparación del daño causado. Cuando se paga el preaviso, el patrono paga salario; cuando paga indemnización, el patrono paga la reparación de un derecho lesionado por un acto suyo”.

Soy partícipe de la opinión de que la naturaleza jurídica de una institución no se debe apreciar desde un punto de vista único, porque podría resultar a la postre, el encaminar por un sendero quizá erróneo. Por esta razón tomo como base los criterios de reglamentación, el carácter del preaviso y la repercusión de la sustancia que puede tener. Criterios que a continuación se desarrollan:

a) Sistemas de reglamentación

Se analizará este problema en función de su naturaleza, estudiando la forma de nacimiento del preaviso desde los puntos de vista siguientes:

51 *Ibid*, Pág. 511.

➤ **Consuetudinario**

La experiencia demuestra que el derecho se formó cronológicamente en el seno del pueblo por medio de los usos y costumbres.

Esta institución existe desde las corporaciones medievales y cuando éstas desaparecen se mantiene en la costumbre el preaviso. El derecho consuetudinario no tiene gran importancia donde reina el derecho codificado; pero no se puede negar que la figura que se estudia destaca en varios países como evidente fenómeno de proyección histórica.

➤ **Contractual**

Queda confiado a la libre voluntad de las partes a través de los contratos individuales de trabajo concertados directamente entre el empleado y el empleador. El preaviso consuetudinario parte de la idea de la preexistencia de ciertas normas de derecho objetivo, aunque sean orales, que disciplinan la práctica de la industria y el comercio. Pero cuando ésta asume la forma contractual pura, se deja al libre arbitrio de los contratantes la estipulación de las condiciones en que se cumplirá el preaviso.

➤ **Reglamentario**

Con la aparición de nuevas técnicas y la gran industria; se modificaron sensiblemente, el interés y el nivel de las relaciones individuales de trabajo. Las empresas necesitaron

de numerosos trabajadores. Las relaciones laborales crecieron en cantidad y extensión; ascendiendo las negociaciones al carácter colectivo. Por tal motivo el empleador sintió la necesidad de organización racional de la empresa, no solamente en el sentido de obtener mejor producción sino para mejorar sus relaciones con los trabajadores. Entre los instrumentos que se utilizaron para estos fines se encuentra el reglamento de fábricas; siendo un verdadero código particular creado por el patrono y aceptado por el trabajador en el momento de su contratación, en algunas legislaciones.

➤ **Convencional**

Tal preaviso es el que se encuentra contenido en la contratación colectiva. La regulación de tal preaviso, depende de la actitud sindical, patronal y política existente en el Estado.

➤ **Legal**

Cuando el Estado protege instituciones que a su criterio son necesarias, elabora la legislación pertinente, creando normas que sirven como garantías mínimas. Para el presente caso el preaviso legal es el que se encuentra en las legislaciones.

b) Carácter del preaviso

Para determinar el carácter público o privado del preaviso se tomará algunas características que a criterios generalizados son los más sobresalientes.

El carácter público del preaviso, se basa en los principios de: Imposibilidad de derogación de las normas que los disciplinan a través del convenio celebrado por las partes. Resulta obvio que una contratación individual, por muy particular o especial que sea, el contrato de trabajo, no puede ignorar, ni derogar las normas ya establecidas por el legislador, ya que contienen las garantías mínimas para la contratación laboral. En otro orden de ideas, el carácter público del preaviso se fundamenta en la imposibilidad de renunciar a los derechos resultantes de él. Un principio protector de las garantías establecidas en la ley, es el de los derechos irrenunciables, y entre otros se encuentran los derechos laborales de los trabajadores.

Otro aspecto que hace acentuar su carácter público, es que el preaviso, tiene entre otros objetivos combatir la desocupación de los trabajadores, aunque en forma relativa; situación que es preocupación del Estado, ya que esta desocupación le ocasiona al trabajador serios problemas económicos y sociales. También hay que tomar en cuenta que el Estado, protege al patrono en cuanto que lo estimula para realizar su producción protegiendo con el preaviso la continuidad del mismo.

Con relación al carácter privado, se debe tomar sus finalidades más importantes, a saber; evitar que el trabajador sea sorprendido en el despido. En otro sentido da al patrono oportunidad de reemplazar al empleado, manteniendo éste su ritmo de producción normal.

c) Repercusión de la sustancia del preaviso

La naturaleza jurídica del preaviso, revela que es el aviso, la notificación dada por la parte que rescinde el contrato individual de trabajo, a la otra parte, a fin de que éste se dé por enterado anticipadamente de tal decisión. Se entiende claramente que el preaviso es una notificación anticipada, con imposición de la ley, o condición contractual en la vida jurídica de los diferentes pueblos. Cuando la parte obligada a dar el aviso, no cumple con la misma tiene el deber de pagar cierta cantidad de dinero en provecho de quien debería haber sido avisada. Si alguien está obligado ante otro a conceder el aviso, la prestación debida implica la obligación de hacer.

La falta de cumplimiento de las obligaciones se resuelve por el resarcimiento de los perjuicios por ellas ocasionados, mediante la indemnización que correspondiere. De esa manera siempre que no se concede preaviso, la parte pre avisadora que no cumple impone a la parte contraria, por el simple hecho de no haber cursado la notificación a que estaba obligada, la carga de un despido brusco, del cual derivan daños y perjuicios. En esos casos, la reparación de los perjuicios consiste siempre en el pago de una cantidad de dinero, de carácter indemnizatorio. En el caso específico, se trata de la llamada indemnización por falta de preaviso.

La indemnización por falta de preaviso no tiene, ante todo y en principio, ninguna vinculación necesaria con la injusticia del despido. Aun cuando las legislaciones modernas relacionen el preaviso estrechamente a la terminación contractual injusta, en realidad desde el punto de vista doctrinal, nada debe, ni puede impedir que algunas



formas de despido justo impliquen la obligación de preaviso, puesto que, la finalidad de éste es enteramente distinta; evitar la terminación repentina del vínculo jurídico que liga al trabajador con el patrono.

Krotoschin, citado por Russomano,⁵² hace notar con exactitud la diferencia, cuando dice: “La obligación de indemnizar en el caso del despido sin justa causa se desdobra a veces en dos obligaciones distintas; unas que se adeuda por el solo hecho de la denuncia, y la otra por el acto de infracción, contractual o extracontractual, que va unido al despido. Uno de los casos más frecuentes, es que la indemnización es adeudada por la infracción de un deber emanado del mismo contrato, es aquel del despido declarado sin observación de los plazos del preaviso establecidos.”

Quien despide al trabajador sin motivo jurídicamente justo, debe reparar el daño resultante de la decisión tomada por medio de las indemnizaciones respectivas, sin perjuicio de la obligación de pre avisar. No habiendo respetado, por tanto, el deber legal o contractual de notificar a la parte despedida, también debe pagar el valor correspondiente a los daños resultantes de la terminación brusca, cuyo pago tiene carácter indemnizatorio.

Oliveira Viana, citado por Russomano⁵³, opina que: “En la indemnización por preaviso se trata solamente del pago del salario durante el plazo del aviso, como si el contrato no se hubiera interrumpido durante este plazo; mientras que en la hipótesis de despido

52 Russomano, M. V., **Ob. Cit.**, Pág. 62.

53 **Ibid**, Pág. 50.

con justa causa se produce una reparación del daño causado. Cuando paga el preaviso, el patrono paga sueldos; cuando paga indemnización, paga la reparación de un derecho lesionado por acción suya.”

La definición de Riva Sanseverino, citado por Russomano⁵⁴, sobre el particular es: “La indemnización por falta de preaviso es en realidad una indemnización en el sentido propio y real, por cuanto no se trata de una contraprestación relativa a una prestación de trabajo, sino de un resarcimiento correspondiente al lucro cesante previsto y previsible en el momento de la rescisión del contrato de trabajo, por el período ulterior durante el cual el contrato hubiera seguido en vigor, de haber seguido el preaviso su curso regular.”

Al respecto, Cabanellas, citado por Russomano⁵⁵, opina que: “Al procurar distinguir entre la indemnización por despido injusto y la indemnización por falta de preaviso, tuvo oportunidad de tocar en el punto medular de esa parte de la presente exposición. Aun partiendo de la idea de que en ambos casos nos hallamos con indemnizaciones, ese jurista afirma que la primera importa una reparación de un derecho lesionado, mientras la segunda constituye el pago de los salarios correspondientes a determinado espacio de tiempo, señalado por el preaviso.”

Al respecto se estima que la indemnización por falta de aviso es de carácter bilateral ya que la debe tanto el patrono como el trabajador, desde luego que sujeto al tipo de

54 *Ibid*, Pág. 70.

55 *Ibid*, Pág. 71.

legislación que impere. Cuando el patrono incumple con la obligación de preaviso, debe pagar al trabajador una cantidad de dinero que equivale al tiempo del plazo del preaviso, más otra cantidad de dinero por las horas libres que debe gozar el laborante en el plazo del preaviso, si así se encuentra regulado.

Para concluir, soy de la opinión de que la naturaleza jurídica del preaviso, es la de una notificación anticipada, que comunica un acto unilateral, futuro y cierto; por medio del cual se dará por terminado el contrato individual de trabajo o la relación de laboral por tiempo indefinido. También cabe mencionar que la falta del mismo da lugar a la mal llamada indemnización por falta de preaviso, que es a criterio muy particular una sanción por tal omisión.

2.4. Características del preaviso

Para un mejor estudio de ésta institución considero muy importante analizar sus características. Se desarrollan a continuación, a mi criterio, las más importantes.

a) Declaración de voluntad

El preaviso de acuerdo a la definición que anteriormente se ha mencionado es una manifestación humana destinada a producir efectos jurídicos, emitida por una de las partes a la otra, notificándole su deseo de dar por concluido el contrato individual de trabajo o la relación laboral por tiempo indefinido; resulta obvio que el preaviso según se desprende de sus elementos debe ser voluntario, de lo que se deduce que el

mismo, es una declaración de voluntad, ya que el pensamiento del pre avisador es comunicar al pre avisado un hecho futuro y cierto. Es pues un acto por medio del cual una persona, expresa a su voluntad o da a conocer lo que hará en el futuro.

b) Decisión unilateral

El preaviso como su nombre lo indica, consiste en hacer saber a la otra parte con un tiempo prudencial ya establecido en la norma jurídica, su propósito de disolver el contrato individual de trabajo o la relación laboral por tiempo indeterminado, de lo cual resulta que el aviso no es un concurso o acuerdo de voluntades, sino es una decisión unilateral. Tal característica se encuentra en la mayoría de definiciones estudiadas. Verbigracia dice Hirose Pimpão, "El preaviso es el espacio de tiempo fijado por la ley, que antecede a la rescisión unilateral del contrato de trabajo...", Russomano, también le da el mismo carácter cuando estipula que "El preaviso es la notificación anticipada, debida a la parte contraria, por quien rescinde el contrato...", por su parte Pérez Lobo dice: "...como la denuncia del contrato con la que una de las partes advierte a la otra...". Ely Da Rocha: "...es la notificación de una de las partes, en el contrato...".

Todas estas definiciones ya estudiadas y citadas con anterioridad, dan la puta clara que la institución jurídica del preaviso es el aviso con anticipación de una parte que conforma la relación laboral a la otra, de la decisión unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral, ya que no existe un acuerdo de voluntades, para disolver dicho vínculo.



c) Aviso anticipado

Se podría pensar que el preaviso es una noticia o notificación de algo que ya se realizó o está por realizarse inmediatamente; pero este aviso, tiene el hecho especial de ser un aviso previo, que supone contrariamente a lo expuesto y conocido generalmente, un aviso o notificación de un hecho futuro, constituyendo el mismo en sí una advertencia o anuncio de algo venidero, que como ya se comentó contiene una declaración unilateral de voluntad.

d) Garantía de ambas partes

El preaviso es una garantía para el patrono y para el trabajador, por las siguientes razones: Para el trabajador, por medio del mismo y con la debida antelación sabrá que su relación o contrato de trabajo llegará a su fin, razón por la cual se encontrará prevenido para tal acontecimiento, suceso que no lo tomará por sorpresa, ya que durante el período del preaviso, podrá procurarse una nueva colocación para evitar caer en el desempleo.

Con respecto al patrono, el aviso, hecho al mismo por el trabajador también le evitará la sorpresa de quedarse repentinamente sin la mano de obra necesaria que le es de gran utilidad para la continuidad de su producción. Durante el período del preaviso el patrono, podrá encontrar y adiestrar un nuevo empleado para llenar el lugar de la vacante, sin que le produzca discontinuidad en su producción.

e) Derecho de ambas partes

Respecto a este apartado, existen autores que opinan que el preaviso es un derecho para ambas partes. Otros estudiosos consideran que tal acepción es arriesgada, ya que, siendo posible o factible que se utilice por el patrono, para dar por terminada una relación laboral, necesariamente perjudica la estabilidad del trabajador. Se ha argumentado defendiendo que el preaviso le puede servir como prueba al trabajador en el caso que el patrono se niegue a otorgarle las prestaciones a que tiene derecho por tal despido.

En conclusión el preaviso dado por el patrono al trabajador tiene como ventaja el evitarle la sorpresa de su separación brusca del trabajo y procurarse una nueva colocación, y tendrá una prueba procesal válida, en caso exista alguna controversia con el patrono que se niegue a otorgar las prestaciones por tal despido, cuando éste último alegue en lugar de despido directo, el abandono de trabajo.

Para el patrono, el preaviso como quedó expuesto, le sirve para evitar que la continuidad de su producción sufra merma, y le servirá procesalmente cuando en caso de controversia, el trabajador alegue despido directo o indirecto, pudiendo el patrono probar que la terminación fue del trabajador; y como ya se expuso, conforme a la legislación guatemalteca, no se encuentra obligado al pago de la indemnización por tiempo servido. Sin embargo existen opiniones contrarias a tal característica, argumentando el principio de estabilidad, por tal razón consideran que únicamente debe dar el preaviso el trabajador, no así el patrono para que éste no tenga opción a

tomar la decisión de despedir al trabajador; siendo ésta una institución que se ve seriamente afectada.

Al respecto De La Cueva⁵⁶ expresa: “La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación.” Sobre el particular, Deveali⁵⁷, manifiesta: “La verdadera estabilidad concierne a toda la vida laboral del trabajador y no solamente un plazo relativamente breve de aquella.” El mismo autor aclara: “La verdadera estabilidad consiste pues, en el derecho que se reconoce al trabajador de continuar en su empleo hasta cuando quiere y puede hacerlo.”⁵⁸ Katz⁵⁹ confirma las opiniones anteriores, cuando aclara: “No podemos hablar de estabilidad en sentido propio, cuando el trabajador puede ser despedido sin justa causa, teniendo solamente el derecho a cierta indemnización del preaviso y antigüedad.”

Algunos autores, al tratar el tema de la estabilidad laboral, la clasifican en absoluta y relativa, y otros en propio e impropio. Valle Valdizán⁶⁰ la define así: “Se considera que existe estabilidad absoluta, cuando el trabajador goza del derecho a permanecer en

56 De la Cueva, M., **El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**, Pág. 216.

57 Deveali, Mario L., **Tratado de Derecho del Trabajo**, Pág. 112.

58 *Ibid.*

59 Katz, Ernesto F., **La Estabilidad en el empleo**, Pág. 3.

60 Valle Valdizán, R. A., **La Estabilidad en el trabajo**, Pág. 16.

su trabajo sin poder ser perturbado en él, mientras no incurra en alguna falta grave que tenga como sanción el despido justificado y mientras no sobrevengan causas que traigan como consecuencia, la terminación indefectible del contrato individual de trabajo, tales como la muerte del trabajador o del empleador si es persona individual, la quiebra de la parte empleadora, la disolución de la empresa, la vejez, incapacidad o invalidez permanente del trabajador.” El mismo autor continúa tal conceptualización cuando nos da la definición de la estabilidad relativa o impropia, de la siguiente manera: “La estabilidad es relativa, cuando el patrono goza del derecho de despedir a su trabajador, aunque no haya causa justificada ni sobrevenga ninguna de las causas que tenga como consecuencia, la terminación de la relación de trabajo, mediante el pago de la indemnización que fija la ley.”⁶¹

Los que sostienen que el preaviso lo debe dar exclusivamente el trabajador lo definen así: “El preaviso consiste en la notificación o conocimiento que el trabajador hace a su patrono, con el tiempo de antelación que señala la ley, de dar por terminada la relación laboral o el contrato individual de trabajo.”⁶² Esta tesis toma como aspectos relevantes para declarar que el preaviso se debe suprimir para el patrono, cuando argumentan, que el fundamento del mismo se encuentra en la forma atenuada del derecho de terminación, por ser la misma unilateral, sin tener causa justificada. Continúan argumentado que se debe utilizar el preaviso por parte del trabajador, como regla general para dar por terminada la relación laboral o el contrato y como excepción la renuncia del trabajador del cargo desempeñado. También manifiestan que en

61 *Ibid.*

62 Varios Autores, **Estudios sobre el Derecho individual de Trabajo**, Pág. 616.

realidad el preaviso es bilateral, ya que ninguna de las partes puede dejar de cumplir en forma imprevista con el mismo; situación no importante; sino en cuanto a quién debe pagar la indemnización.

Finalmente, la facultad que el trabajador tiene para poder terminar el contrato individual de trabajo o la relación laboral en forma unilateral utilizando el preaviso, es parte de su libertad de trabajo. De otra manera el laborante caería en una forma de esclavitud, aunque muy sofisticada; pero siempre sería esclavitud, al no tener opción a cambiar de trabajo para poder mejorar social y económicamente. Por tanto es regla general que toda persona tiene derecho al trabajo, a escoger libremente su ocupación y a renunciar a ella, a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo y a la protección contra el desempleo; de lo que deviene que el principio de estabilidad es un derecho, y no un deber.

2.5. Elementos del preaviso

La institución del preaviso está integrada con elementos personales, formales y objetivos.

a) Elementos personales

Estos elementos están constituidos por el patrono y el trabajador, los cuales son esenciales para que exista una relación laboral; elementos que ya fueron ampliamente comentados en el apartado de definiciones en el capítulo I del presente trabajo.

b) Elementos formales

Entre los elementos formales del preaviso se encuentran los siguientes: El contrato individual de trabajo o la relación laboral, el tiempo indefinido, y que no exista justa causa para el despido.

➤ **El contrato de trabajo o la relación laboral**

Este elemento del preaviso fue ampliamente analizado y comentado en el apartado de definiciones en el capítulo anterior, por lo cual no se hará más referencia al tema.

➤ **Por tiempo indefinido**

Este elemento es necesario, pues la institución del preaviso resultaría inoperante cuando el contrato de trabajo es por tiempo determinado o por obra determinada. En consecuencia el contrato de trabajo debe ser siempre por tiempo indefinido para que tenga cabida la figura del preaviso.

➤ **Que no exista justa causa**

Este elemento se refiere a que en el despido no debe existir una causa justificada. Al respecto se puede mencionar que en el caso de un despido directo, es decir que cuando el trabajador comete una falta que amerite que el patrono pueda despedirlo, no cabe el preaviso, ya que el mismo se transformaría en una amenaza para el patrono en

el sentido que el trabajador al continuar laborando durante el plazo del preaviso podría aprovechar para causar algún daño material. En síntesis el preaviso no debe, ni puede darse en el caso del despido del trabajador por justa causa, ya que es criterio generalizado que el preaviso opera en el caso de la desvinculación de tipo voluntario unilateral.

Cabanellas⁶³ citando a varios autores apunta que: “En la doctrina, Nogueira Juniors sostiene que el preaviso se debe aun cuando la rescisión de servicios esté justificada, a menos que el motivo de ella sea de tal naturaleza, que no haya posibilidad para la concesión de ese plazo. Por su parte Da Rocha considera que cabe dispensar de la obligación de pre avisar al trabajador en los casos de improbidad, mala conducta ó embriaguez habitual; esto es, siempre que haya falta grave. En cambio, Oliveira Viana sostiene que siempre es obligatorio el preaviso, sea la rescisión justificada o no. Sólo en casos excepcionales de justa causa para la rescisión, se dispensa de esta obligación de pre avisar, pudiendo la parte que rescinde, que generalmente es el patrono, dar el despido en forma inmediata, sin que esté obligada al pago de la indemnización respectiva. Coincide con esta posición Pimpão, para el cual la exención del preaviso está condicionada a la gravedad de la falta cometida por el empleado y a la naturaleza de sus funciones. También ratifica ese enfoque Barassi, cuando afirma que el derecho de preaviso existe en cualquier caso, independientemente de las razones que puedan determinar el diligenciamiento del despido.”

63 Cabanellas, G., **Ob. Cit.**, Pág. 517.

El maestro Cabanallas⁶⁴ al emitir su opinión dice: "...las partes están liberadas de la obligación de pre avisar siempre que exista causa para denunciar el contrato; entendiendo por justa causa aquella que imposibilita el normal mantenimiento de la relación laboral entre las partes. Si no pre avisar obedece al hecho imputable al empresario, naturalmente que se deberá la indemnización supletoria; así como cuando no se pre avise por hecho a la voluntad del trabajador."

c) Elementos objetivos

Este elemento del preaviso lo constituye el aviso anticipado que da una de las partes que conforman la relación laboral a la otra; tema que ya fue hondamente comentado en este mismo capítulo cuando se hizo alusión a las características del preaviso.

2.6. Formas del preaviso

La forma del preaviso ha variado conforme las legislaciones han evolucionado, en un inicio, tal aviso no se encontraba revestido de las formalidades, sin las cuales, en la actualidad y en algunos países se requiere para ser considerado válido. La característica de las leyes laborales en el sentido que deben ser sencillas, debido al tipo de cultura que poseen algunos trabajadores, hace pensar que tal sencillez debe darse no solamente desde el punto de vista legislativo, sino en el sentido de regular los hechos concretos con la mayor simplicidad que sea posible. Respecto al

64 *Ibid*, Pág. 517-518.

preaviso, la legislación ha tenido que ceder para lograr mayores garantías posibles a los laborantes, en cuanto a su permanencia al servicio del empleador o en casos de terminación contractual; esto, respecto al cumplimiento por parte del patrono de las obligaciones derivadas de la ley y del contrato.

La crítica dominante durante mucho tiempo en diversas legislaciones fue que no se debería exigir ninguna forma para el acto del preaviso. Al respecto Jean Desprez, citado por Russomano⁶⁵ dice: "Casi por unanimidad, las legislaciones no prescriben ninguna. De su silencio resulta que el aviso oral basta para hacer correr el plazo del preaviso. Pero existen algunos países que se muestran más severos y obligan a la parte que tiene intención de romper el contrato, a dirigir a la otra un aviso de despido por escrito."

Por consiguiente, la notificación debe efectuarse mediante un medio idóneo, serio, aclarando la verdadera situación del pre avisado. Si no se hace así se tendrá por no efectuada en realidad. La claridad, la precisión y la idoneidad de los medios utilizados para la concesión del preaviso, constituye requisitos lógicos, y no habiendo preceptos legales sobre el particular, corresponde al intérprete vigilar, en cada caso, el buen funcionamiento de los principios doctrinales que está por encima de las normas puramente legales. Sobre el particular Juan D, Pozzo, citado por Russomano⁶⁶ dice: "A título de ejemplo, recuerda que el simple conocimiento público o no, del próximo cese de actividades del empleador o la publicación de los edictos de subasta

65 Russomano, M. V., **Ob. Cit.**, Pág. 127.

66 **Ibid**, Pág. 135.

de las existencias de la empresa, no suprime la necesidad del preaviso individual.”

En la legislación guatemalteca se puede observar que sí se especifica la forma que debe darse el preaviso. Así el Artículo 83 del Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República dice: “El trabajador que desee dar por concluido su contrato por tiempo indeterminado sin justa causa ó atendiendo únicamente a su propia voluntad y una vez que haya transcurrido el período de prueba debe dar aviso previo al patrono de acuerdo con lo que expresamente se estipule en dicho contrato, o en su defecto de conformidad con las siguientes reglas..., ...Dichos avisos se deben dar siempre por escrito, pero si el contrato es verbal, el trabajador puede darlo en igual forma en caso de que lo haga ante dos testigos;...” Analizando el presente Artículo puede verse con toda claridad que sí especifica una forma de presentar el preaviso.

2.7. Determinación de los plazos del preaviso

Cuando se habla de plazo, se refiere al tiempo que tiene que mediar entre la notificación del preaviso y la efectiva cesación de la actividad laboral. En la mayoría de derechos positivos, el plazo del preaviso, se encuentra determinado en sus leyes, siendo el mismo por regla general de igual o semejante magnitud para cualquier actividad laboral.

Este plazo puede establecerse por medio de convenciones colectivas, reglamentos de empresa, contratos individuales de trabajo y la costumbre, aunque se sigue por

algunos ordenamientos legales la tendencia que tal plazo debe fijarlo el Estado a través de las normas que dicta.

Cabanaellas⁶⁷ al respecto comenta: “Factores de orden económico y social deben influir en el preaviso para fijar su duración de acuerdo con las circunstancias concurrentes en orden a los protagonistas de la relación laboral y a causa de la actividad por éstos desarrollada.” Por esta razón el plazo del preaviso, debería fijarse, en ocasión de la ruptura del contrato, según las condiciones particulares de cada situación y sin demarcación hecha por la ley o por cualquier medio jurídico. El referido aviso tendría mayor o menor plazo según fuese necesario para el trabajador obtener una nueva colocación o para que el empleador contrate el sustituto del trabajador.

Con relación a la iniciación del plazo del preaviso existe en realidad dos formas básicas para la solución del problema; una que consiste en que el plazo del mismo se cuenta a partir de la fecha de la notificación; y la otra que se inicia a partir de determinada fecha indicada en el propio acto de la notificación o en la notificación. Desde luego que la fecha debe ser cierta y futura.

El Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República de Guatemala en el Artículo 83 respecto a los plazos del preaviso establece: “...a) Antes de ajustar seis meses de servicios continuos, con una semana de anticipación por lo menos; b) Después de seis meses de servicios continuos, pero menos de un

67 Cabanellas, G., **Ob. Cit.**, Pág. 530.

año, con diez días de anticipación por lo menos; c) Después de un año de servicios continuos, pero menos de cinco años, con dos semanas de anticipación por lo menos; y d) Después de cinco años de servicio, con un mes de anticipación por lo menos”.

Luego de analizar el Artículo anterior, puede observarse claramente que en Guatemala es el Estado por medio de la ley quien determina el plazo de presentación del preaviso, tomando como criterio la antigüedad del trabajador en la relación laboral.

2.8. Propósitos y valoración del preaviso

Para determinar la importancia en una forma más concreta que a mi criterio tiene la institución jurídica del preaviso en el derecho de trabajo, se desarrolla la misma respecto a las partes que involucran la relación laboral.

a) Relevancia para el trabajador

Ya que siendo su trabajo la fuente de la cual vive y sostiene a su familia el trabajador, es el salario que devenga el que debe conservar y mantener; de ahí la importancia para el trabajador el recibir el preaviso. Por medio de esta figura, podrá sin ser sorprendido, prepararse para la terminación del contrato individual de trabajo o la relación laboral, en el sentido que tendrá tiempo para ajustarse al cambio que vendrá, ya que el mismo no será brusco, repentino o sorpresivo. Durante el plazo del preaviso el trabajador continuará devengando el salario a que tiene derecho, ya que la relación laboral no habría sido terminada, con la excepción que ya no sería por tiempo

indefinido sino a plazo determinado. En este plazo el trabajador gozará como es criterio casi generalizado de las legislaciones, de una o dos horas diarias dentro de su horario regular, las cuales debe utilizar para procurarse un nuevo empleo.

Cabe mencionar que la figura del preaviso constituye para el trabajador una garantía, que al menos, sin que dé lugar a que por justa causa sea terminado el contrato individual de trabajo o la relación laboral, éste no puede ser separado bruscamente.

Debe tomarse en cuenta también que esta institución no resuelve el problema, pero si coadyuva relativamente a disminuir los efectos y consecuencias de un despido, dependiendo el plazo de que se goce o se tenga que dar.

b) Relevancia para el patrono

Para la parte patronal resulta también importante la figura en estudio por parte del trabajador, donde la anuencia que en un futuro dará por terminado el contrato individual de trabajo o la relación laboral. Esto es significativo, porque al igual que el trabajador, el patrono no será sorprendido por una decisión repentina, que al mismo le ocasiona entre otros problemas, el hecho de que el trabajo desempeñado por el laborante haga perder la continuidad de la producción o bien la haga disminuir de lo que puede resultar merma de utilidades. De esa virtud, cuando el patrono es informado de la decisión del trabajador, él podrá tomar sus medidas precautorias a fin de evitar que su producción no se vea suspendida o mermada por tal determinación. En el caso del patrono le será útil el preaviso por parte del trabajador ya que podrá adiestrar o seleccionar al nuevo

trabajador que llegará a reemplazar al que termina su contrato individual de trabajo o su relación laboral.

Así como al trabajador, al patrono también le viene como una garantía esta institución, ya que no será sorprendido por la determinación del trabajador de dar por terminado la relación laboral o el contrato individual de trabajo, y podrá tomar las medidas necesarias para lograr la continuidad de su actividad o producción en su empresa.

2.9. Efectos del preaviso

Entre los efectos que se puede mencionar están el efecto principal y efecto secundario.

a) Efecto principal

Podría llamarse también a éste, efecto directo, el cual recae sobre el contrato o la relación laboral; este efecto consiste en la fijación de la fecha en que el contrato dejará de existir.

Con relación a este efecto, es evidente que en el contrato a plazo fijo, una vez llegado el término previsto, se deshace con facilidad, sin que ninguna de las partes tenga derechos resultantes de la terminación para oponerse a la parte contraria. No sucede lo mismo cuando el contrato de plazo indeterminado es disuelto por medio del preaviso, ya que tal resolución es un acto voluntario de la parte que pre avisa.



b) Efecto secundario

Este efecto lo constituye la reducción del horario de trabajo por parte del trabajador, cuando el preaviso es dado por el patrono. Esta reducción es desde luego, sin disminución del pago del salario. Este derecho es obvio a favor del laborante, ya que el mismo tiene que buscar un nuevo empleo.

CAPÍTULO III

3. El preaviso en el derecho comparado

Para continuar el estudio del tema del cual trata esta tesis se considera importante hacer un análisis jurídico sobre la regulación de esta institución en los países centroamericanos

Esta institución está regulada en todos los países centroamericanos a excepción de la República de El Salvador, es de hacer notar que existe escasa similitud entre las legislaciones y que es la legislación hondureña la que mayormente ahonda en el tema de esta figura.

3.1. Normas legales comunes que regulan el preaviso en los países centroamericanos

-El preaviso se dará por escrito. Esta regla es común en la República de Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá, en los Artículos: 117, 44, 28, y 222 del Código de Trabajo respectivamente.

-Cuando se ha celebrado el contrato de trabajo verbalmente se puede dar el preaviso en la misma forma ante dos testigos. Esta forma de presentación del preaviso es permitida en Honduras, Artículo 117; Nicaragua, Artículo 44; y Costa Rica, Artículo 28, todos de su respectivo Código de Trabajo.



-Si el patrono prueba que el trabajador abandonó sus labores sin justa causa, en los casos de contratos por tiempo indefinido, deberá el trabajador pagarle el importe del preaviso. Este precepto está regulado en Honduras, Costa Rica, y Panamá, en los Artículos: 118, 28, y 222, del Código de Trabajo respectivamente.

-Cuando el contrato de trabajo es por tiempo indefinido cualquiera de las partes puede terminarlo dando a la otra el preaviso. No en todas las legislaciones se establece la obligación a las dos partes de la relación laboral a dar el preaviso en caso de dar por terminada la relación laboral. Es común en Honduras según el Artículo 116 del Código de Trabajo; en Costa Rica, Artículo 28 del Código de Trabajo; y en Panamá según el Artículo 222 del Código de Trabajo.

-El importe del preaviso no podrá ser objeto de compensación. Se regula en la República de Honduras, y Costa Rica; en los Artículos 123, y 30 de sus respectivos Códigos de Trabajo.

-El importe del preaviso no podrá ser objeto de venta ni cesión. Este auxilio debe ser gozado y no ser objeto de mercantilismos. Está contemplado en Honduras y Costa Rica en los Artículos: 123 y 30 de sus Códigos de Trabajo respectivamente.

-Durante el término del preaviso el trabajador que va a ser despedido tiene derecho a licencia remunerada de un día en cada semana, a fin de que pueda buscar un nuevo empleo. Doctrinariamente este supuesto es algo propio de la figura en estudio, pues se debe dar al trabajador la oportunidad para no quedar desempleado; sin embargo,

solamente está regulado en Honduras y Costa Rica, en los Artículos 116 y 28 del Código de Trabajo respectivamente.

3.2. Supuestos propios del preaviso en las normas laborales de los países centroamericanos

Cada país centroamericano tiene algunos supuestos propios o únicos con relación a la institución del preaviso que le hacen diferenciarse de los demás, lo que a continuación se analiza y se desarrolla.

a) República de El Salvador

La República de El Salvador no contempla en su legislación laboral la institución del preaviso, sin embargo, es oportuno analizar y comentar el Artículo que se refiere a la terminación de los contratos de trabajo.

El caso de El Salvador en cuanto a la terminación del contrato de trabajo, en el Artículo 54 del Código de Trabajo establece: "El contrato de trabajo termina por mutuo consentimiento de las partes, o por renuncia del trabajador, siempre que consten por escrito. La renuncia produce sus efectos sin necesidad de aceptación del patrono. Si la terminación del contrato fuere por mutuo consentimiento, no habrá responsabilidad para las partes." Este Artículo en la legislación salvadoreña no regula nada respecto a la institución jurídica del preaviso, sino solamente la terminación del contrato de trabajo, el cual debe constar por escrito.

b) República de Honduras

-Los trabajadores en período de prueba no gozan del derecho al preaviso. Doctrinariamente se expuso que durante el período de prueba el preaviso resulta innecesario y hasta muchas veces costoso, porque resulta que existen casos en que el plazo del preaviso es mucho mayor que el que se lleva de prueba. Esto se regula en el Artículo 52 del Código de Trabajo.

-Las causas de despido indirecto facultan al trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, sin preaviso y sin responsabilidad de su parte, conservando el derecho a las prestaciones e indemnizaciones legales como en el caso del despido injusto. Resulta doctrinariamente lógico que el hecho del despido indirecto faculte al trabajador a dar por terminado su contrato de trabajo; y obviamente sin pre avisar, aparte de que se conservará su derecho a la indemnización por antigüedad, y a la de falta de preaviso. Supuesto regulado en el Código de Trabajo, Artículo 114.

-La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe dar el preaviso por escrito personalmente a la otra parte, pero si el contrato es verbal puede darlo de palabra ante dos testigos con expresión de la causa o motivo que la mueve a tomar esa determinación. Este supuesto es muy interesante, ya que menciona que se tiene que apersonar quien da el preaviso y expresar el motivo que la mueve a tomar esa decisión, lo cual no se considera oportuno porque el preaviso puede utilizarse atendiendo a su propia voluntad y sin motivo alguno. Este supuesto está contenido en el Artículo 117 del Código de Trabajo.



-El preaviso será notificado con anticipación así:

- a) De veinticuatro horas, cuando el trabajador ha servido a un mismo patrono de modo continuo menos de tres meses;
- b) De una semana, cuando le ha servido de tres a seis meses;
- c) De dos semanas, cuando le ha servido de seis meses a un año;
- d) De un mes, cuando le ha servido de uno a dos años; y
- e) De dos meses, cuando le ha servido por más de dos años.

Los anteriores supuestos están regulados en el Artículo 116 del Código de Trabajo.

-El trabajador culpable de no haber dado el preaviso o de haberlo dado sin ajustarse a los requisitos legales, quedará obligado a pagar al patrono una cantidad equivalente a la mitad del salario que corresponda al término del preaviso. Realmente, esta resulta ser una sanción, pues en ambos casos el trabajador tiene que pagar la mitad de su salario correspondiente al plazo del preaviso. Es una sanción no sólo porque en el supuesto se encuentra considerado así, sino porque en realidad, con pagar la mitad de su salario, no paga daños y perjuicios, y no hay indemnización.

-El patrono culpable de no haber dado el preaviso o de haberlo dado sin ajustarse a los

requisitos legales, quedará obligado a pagar al patrono una cantidad equivalente a su salario durante el término del preaviso. Esta situación al igual que los supuestos comentados con anterioridad, es una sanción por omisión o por falta de requisitos legales del aviso previo. Insisto en el criterio de que es una sanción y no una indemnización que conlleva la compensación de daños y perjuicios producidos por una acción u omisión. Los dos supuestos anteriores están regulados en el Artículo 118 del Código de Trabajo.

-El término del preaviso empieza a correr desde el día siguiente al de la notificación respectiva. Este supuesto nos da la pauta del momento en que comienza a surtir efectos el aviso previo. Se encuentra contenido en el Artículo 119 del Código de Trabajo.

-La indemnización por preaviso procederá también cuando el patrono liquide o cese en sus negocios, voluntariamente o no. Este supuesto está regulado en el Artículo 126 del Código de Trabajo.

-En caso de insolvencia, concurso, quiebra, embargo, o sucesión; gozarán los créditos que por estos conceptos correspondan a los trabajadores; por falta de preaviso gozarán de un privilegio especialísimo sobre todos los demás acreedores de la masa, excepto los alimentarios. Estos supuestos dan la pauta de la importancia del valor que tiene el pago del preaviso a los trabajadores, porque para una persona que quedará desempleada, su pago por falta de aviso previo es de vital importancia. Se encuentra regulado en el Código de Trabajo, en el Artículo 126.

-La terminación del contrato de trabajo la podrá dar el patrono transcurrido seis meses después de que el trabajador haya suspendido sus labores por alguna enfermedad, cubriéndole a éste el importe del preaviso. Este supuesto se encuentra regulado en el Código de Trabajo, en el Artículo 105.

c) República de Nicaragua

La Legislación laboral de la República de Nicaragua es la que escasamente en un Artículo hace referencia a la institución del preaviso, y es por lo mismo que solamente tiene un supuesto propio.

-Cuando el contrato fuere por tiempo indeterminado, el trabajador podrá darlo por terminado avisando al empleador con quince días de anticipación. Es el único país que tiene regulado un plazo de 15 días generalizado para dar el preaviso, y no establece ningún criterio que se tomó para determinarlo. Este supuesto está contenido en el Artículo 44 del Código de Trabajo.

d) República de Costa Rica

-En el contrato por tiempo indefinido cada una de las partes puede ponerle término, sin justa causa, dando aviso previo a la otra, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) después de un trabajo continuo no menor de tres meses ni mayor de seis, con un mínimo de una semana de anticipación.

b) después de un trabajo continuo que exceda de seis meses y no sea mayor de un año, con un mínimo de quince días de anticipación; y

c) después de un año de trabajo continuo, con un mínimo de un mes de anticipación.

En este supuesto es interesante observar que se limita a tres plazos mínimos la presentación del preaviso. Se encuentra regulado en el Artículo 28 del Código de Trabajo.

-Durante el término del aviso el patrono estará obligado a conceder un día de asueto al trabajador cada semana, para que busque una nueva colocación. Este supuesto hace mención de la palabra asueto, palabra a mi criterio no muy adecuada a lo que se refiere, la palabra asueto podría decirse que es un descanso y bien podría utilizarse para otros fines, y el día a que se refiere este supuesto es para buscar una nueva colocación; sería más adecuada la palabra licencia, que ésta sí es sinónimo de permiso. Este supuesto está contenido en el Artículo 28 último párrafo del Código de Trabajo.

-El contrato de trabajo relativo al servicio doméstico, los primeros treinta días se considerarán de prueba y cualquiera de las partes puede ponerle término sin aviso previo ni responsabilidad. Como anteriormente se mencionó, doctrinariamente se dice que durante el período de prueba no es necesario el establecimiento del preaviso porque en muchos casos hasta sería más largo el tiempo del plazo del preaviso que el tiempo que se lleva laborando, y por otra parte sería costoso.

-Después de treinta días, la parte que desee ponerle término al contrato tendrá que dar aviso a la otra con quince días de anticipación o, en su defecto, abonarle el importe correspondiente a ese tiempo; empero después de un año, el preaviso será de un mes.

-Durante el término del preaviso, el patrono concederá semanalmente al servidor media jornada para que busque colocación. Es interesante observar lo que esta legislación establece en cuanto al preaviso en el caso del trabajo de los servidores domésticos; lo considera serio y formal pasado los treinta días que se reputan de prueba.

Los tres supuestos anteriores están contenidos en el Artículo 102 del Código de Trabajo.

e) República de Panamá

-El trabajador podrá dar por terminada la relación de trabajo, sin causa justificada, mediante notificación escrita al empleador con quince días de anticipación. Puede observarse que en esta legislación el plazo del preaviso es de quince días para cualquier tipo de trabajo, y no establece los criterios que hicieron tomar la determinación del plazo estipulado.

-El trabajador técnico podrá dar por terminada la relación de trabajo, sin causa justificada, mediante notificación escrita al empleador con dos meses de anticipación.

Aquí se hace la excepción cuando el trabajador es técnico, porque le da un plazo más extenso que a cualquier otro trabajador.

-La notificación que no fuere firmada con la intervención de una autoridad administrativa de trabajo o un delegado, o rectificadas ante ella, no podrá ser invocada posteriormente por el empleador. Analizando este Artículo se puede ver que en esta legislación al preaviso se le da mucha formalidad y seriedad, ya que tiene que ser firmada por una autoridad administrativa.

Los tres supuestos anteriores están contenidos en el Artículo 222 del Código de Trabajo.

-En el contrato de trabajo relativo al servicio doméstico, las dos primeras semanas se consideran de prueba y cualquiera de las partes puede ponerle fin por su propia voluntad previo aviso verbal por veinticuatro horas, cuya existencia se presumirá mientras no se pruebe lo contrario. Vencido el período probatorio, la parte que desee ponerle término al contrato deberá notificar a la otra con un aviso previo de treinta días, que podrá hacerse verbalmente.

Este es otro caso en donde también al trabajo doméstico le dan seriedad y formalidad, por cuanto se tiene que presentar el preaviso verbalmente aun en el período probatorio, vencido el período de prueba debe presentarse con una anticipación de treinta días. Este supuesto se encuentra regulado en el Artículo 231, inciso tercero del Código de Trabajo.

CAPÍTULO IV

4. La desigualdad en la regulación del preaviso en el derecho laboral guatemalteco

Antes de entrar de lleno al estudio del presente tema, es necesario analizar esta institución jurídica en la legislación laboral guatemalteca, así como la regulación en algunos proyectos de Código de Trabajo, y en el Decreto número 1441.

4.1. El preaviso en la legislación guatemalteca

a) Proyectos de Código de Trabajo de Guatemala

En Guatemala ha habido varios proyectos de Código de Trabajo. Los más representativos que se han presentado al Congreso de la República son los que a continuación se analizan.

➤ Proyecto de Código de Trabajo, realizado por la comisión extraordinaria de trabajo del Congreso de la República de Guatemala en Abril de 1974

Este proyecto regula el preaviso en el título II del capítulo V; capítulo que se refiere a la terminación de los contratos de trabajo. A mi criterio la regulación de la institución objeto de estudio inicia en el Artículo 51 del proyecto de Código, el cual estipula: "Hay terminación de los contratos de trabajo cuando una o las dos partes que forman la



relación laboral le ponen fin a éste, cesándola efectivamente, ya sea por voluntad de una de ellas, por mutuo consentimiento.....”, aquí se encuentra la base de la institución que se estudia, al mencionar este Artículo que los contratos de trabajo se pueden dar por concluido por una de las partes; en sí, aquí tiene cabida la notificación del preaviso. Este proyecto contempla otras razones de terminación del contrato de trabajo, que son importantes, pero no para el estudio de la figura que se analiza.

Siguiendo con el análisis del articulado del proyecto en mención, se encuentra que en el Artículo 61 se establece que: “Transcurrido el período de prueba, cada parte queda obligada a notificar a la otra la terminación del contrato de trabajo, de acuerdo con lo que expresamente se estipule en éste, ó, en su defecto, de conformidad con las siguientes reglas:...” Es oportuno hacer mención que según el Artículo 60 del mismo proyecto, el período de prueba es de dos meses como máximo. Continúa regulando el mismo Artículo que pasado el período de prueba aludido, cada parte queda obligada a notificar a la otra, la terminación del contrato de trabajo; este Artículo considera que el preaviso es una obligación que tienen las partes en un contrato de trabajo.

La doctrina es clara al manifestar que la institución del preaviso es bilateral, en el sentido que debe ser usada tanto por el patrono como por el trabajador. El Artículo en análisis, permite que el preaviso sea creado o regulado por el contrato de trabajo, desde luego que tomando como base el proyecto en estudio. Este Artículo también establece las reglas que deben seguirse para determinar el plazo del preaviso así: “...a) Antes de ajustar seis meses de servicios continuos pero menos de un año, con una semana de anticipación por lo menos; b) Después de seis meses de servicios

continuos pero menos de un año, con diez días de anticipación por lo menos; c) Después de un año de servicios continuos pero menos de cinco años, con dos semanas de anticipación por lo menos; y d) Después de cinco años de servicios continuos, con un mes de anticipación por lo menos...” Como se ve esta regulación basa su criterio para fijar los plazos mínimos del preaviso, en la antigüedad del trabajador, sin tomar en cuenta otras situaciones ya analizadas; es de notar que los plazos mínimos del preaviso oscilan entre una semana y un mes, términos que son aceptables, tomando en cuenta el criterio adoptado para determinarlos.

La segunda parte el Artículo 61 preceptúa que: “Dicho aviso debe darse por escrito en todos los casos.” Puede verse que dicha legislación no admite excepción, ni otro tipo de forma para dar el preaviso; es más seguro, claro y efectivo hacerlo así, ya que garantiza los privilegios de una prueba documental, la cual es de gran valor, en caso de litigio. En la tercera parte el mismo Artículo dice: “Siempre que la terminación del contrato o relación de trabajo, se haya promovido por el empleador, la jornada normal del trabajador durante el plazo del preaviso será reducida en dos horas diarias, sin perjuicio del pago del salario.” Se puede ver que las dos horas diarias reducidas en la jornada de trabajo podrá utilizarlos el trabajador para lograr una nueva colocación. La reducción en la jornada de trabajo, desde luego que no perjudica en nada al salario o sueldo del laborante, es oportuno mencionar también que estas dos horas diarias que podrá utilizar el trabajador para procurar un nuevo empleo procede únicamente cuando el preaviso lo da el patrono; una corriente sostiene que si el pre avisador es el trabajador se supone que ya tiene otro empleo y no necesita de las dos horas diarias para buscar uno nuevo.

Con relación a la situación concreta de la reconsideración del preaviso, en este proyecto de Código de Trabajo, el Artículo 62, establece que: “Cuando el trabajador reconsidere su decisión de terminar el contrato de trabajo antes del vencimiento del plazo del preaviso, el empleador está facultado para aceptar o no la reconsideración.”

En la segunda parte del Artículo en análisis se encuentra estipulada la reconsideración tácita del preaviso así: “Si es aceptada la reconsideración o el trabajador continúa prestando sus servicios después de vencimiento del plazo, el contrato de trabajo sigue vigente, como si el preaviso no se hubiera dado.” Esta es una reconsideración del preaviso en forma tácita; situación que hace perder un tanto la seriedad del mismo, porque también se puede abusar de esta figura y ser utilizada para intimidar, tanto al patrono, como al trabajador; lo mejor a mi criterio es aceptar la reconsideración por escrito, así como se da el preaviso.

Siguiendo el curso del Artículo 61 en el tercer párrafo se lee: “En igual forma se procederá si el empleador reconsidera su decisión de terminar la relación laboral.” Aquí se reconocen los derechos de la otra parte en la relación laboral.

Continuando con el análisis del proyecto de Código, en el Artículo 63 se regula la omisión del preaviso de la siguiente manera: “El preaviso no será necesario en los casos de los Artículos 52 y 53 de este código, y en los regímenes de trabajo a que se refiere el Título IV del mismo cuerpo legal, que contiene causales específicas de terminación de la relación de trabajo.” Cabe mencionar que los Artículos a que se

refiere el párrafo anterior se refieren a causas de despido que se consideran justas, tanto para el patrono como para el trabajador, para dar por terminado el contrato individual de trabajo o la relación laboral; también el Título IV a que hace alusión el artículo transcrito se refiere a regímenes especiales de trabajo, tales como: Trabajo agrícola, trabajo de mujeres y menores, trabajos a domicilio, trabajo doméstico, de transporte, de aprendizaje, trabajo en el mar y en las vías navegables, y trabajo pesquero.

En la segunda parte del Artículo 63 se regula las sanciones por omisión del preaviso de la siguiente manera: "Si la omisión del preaviso no fuere justificada, y es imputable al trabajador, no tendrá derecho al salario correspondiente al preaviso; y si es el empleador deberá pagar éste duplicado el salario respectivo, sin perjuicio, en ambos casos, de las prestaciones que corresponden al trabajador." Cabe aclarar que en realidad estas son sanciones a la omisión del preaviso y no una indemnización por daños y perjuicios como mal se le llama.

También el Artículo 63 señala que: "Si la terminación del contrato se diere durante el plazo del preaviso, se aplicarán las disposiciones de los párrafos anteriores." Estos se refieren a los casos de terminación del contrato o relación de trabajo durante el período del preaviso, situación que se solucionará de acuerdo a las siguientes reglas: a) si el plazo del preaviso es suspendido por el trabajador, el mismo no tendrá derecho a su salario correspondiente; b) si el plazo del preaviso es suspendido por el patrono, deberá pagar al trabajador el doble del salario que ordinariamente le correspondía, sin perjuicio de sus demás prestaciones.

Dentro de los Artículos que se refieren a la institución del preaviso se encuentra que también es necesario presentarlo cuando se suspenden los contratos de trabajo. Al respecto el Artículo 46 inciso 2 dice: “El trabajador sí puede dar por terminado su contrato de trabajo durante la vigencia de la suspensión, siempre que dé el aviso previo de ley.” En este mismo sentido se pronuncian los autores del presente proyecto en el caso de las causas de la suspensión colectiva de contratos de trabajo.

El Artículo 49 reza: “Asimismo durante la vigencia de una suspensión colectiva determinada por otras causas, pueden darse por terminados los contratos de trabajo, siempre que hayan transcurrido más de tres meses, desde que dicha suspensión comenzó y que los empleadores paguen las prestaciones de los Artículos 54, párrafo 1, y Art. 65 de este Código, que correspondan a cada uno de los trabajadores o que estos en su caso, den el preaviso legal.”

En lo referente a la suspensión individual, el patrono no tiene derecho a poder dar por terminado el contrato individual de trabajo durante la vigencia de dicha suspensión, únicamente tiene esta facultad el trabajador, por medio del preaviso.

En el caso que se tratara de una suspensión colectiva, el patrono sí puede dar por terminados los contratos de trabajo durante la vigencia de la suspensión colectiva, previo pago de la indemnización por antigüedad como lo establece el Artículo 54, inciso 1º, y además, un pago por daños y perjuicios, según el Artículo 65 del proyecto de Código de Trabajo.



➤ **Proyecto de Código de Trabajo presentado por el Ministerio de Trabajo al Congreso de la República de Guatemala, en Agosto de 1979**

Este proyecto regula la institución del preaviso en el Artículo 61, el cual preceptúa: “La parte que dé por concluido el contrato o relación de trabajo, debe dar aviso por escrito a la otra, con una anticipación no menor de diez días hábiles.” La regulación de esta figura en el presente proyecto de Código es menos avanzada en cuanto a su filosofía, ya que no especifica quien tiene que dar el preaviso; sin embargo cuando dice que es el que dé por concluido el contrato o relación de trabajo se refiere al patrono ó al trabajador, que son estas las partes en la relación laboral. Para algunos estudiosos, no existe aquí una protección del Estado para la estabilidad laboral del empleado como la parte más débil de la relación laboral, porque resulta que es obvio que si el patrono puede pre avisar, lógicamente con esto rompe la estabilidad del trabajador.

La forma de dar el preaviso, se encuentra regulado en este proyecto en el mismo Artículo cuando dice que el mismo debe darse por escrito; pero tomando en cuenta el bajo grado de escolaridad de la mayoría de los trabajadores, tal forma de presentación de la figura en cuestión, a la vez que es ventajosa por la prueba documental que podría servir posteriormente en caso de litigio, dará cierta dificultad a éste darlo de la forma ya mencionada.

En cuanto al plazo de presentación, este proyecto establece que será con una anticipación no menor de diez días hábiles, creo no muy acertado este plazo por no saber la razón o los lineamientos que se tomó en cuenta para fijar tal término, como sí

lo indican otras legislaciones al tomar en cuenta la antigüedad, edad, ó jerarquía del trabajador.

En la Segunda parte del Artículo en análisis se lee: "Dicho plazo podrá reducirse de acuerdo con lo que se convenga en el respectivo contrato." Con respecto a esta liberalidad, la misma puede ser ventajosa o perjudicial, ya que al momento de que el trabajador presente el preaviso, el patrono puede reducir de común acuerdo con él los diez días regulados en el Artículo 61. Esta libertad, podría ser no real, ya que el patrono con sus ventajas puede reducir el plazo hasta en horas y en forma contractual, lo que puede traer de hecho la inoperancia de la figura objeto de estudio.

Asimismo el Artículo 62 del proyecto en estudio establece que: "El empleador una vez que el trabajador le haya dado el aviso respectivo, puede ordenar a éste que cese en su trabajo, antes del vencimiento del plazo." En este Artículo transcrito se observa claramente la dedicatoria patronal por cuanto sólo al empleador se le permite de hecho suprimir el plazo del preaviso; en este presente caso se estaría violando legalmente los conceptos doctrinarios que rigen esta figura.

En el Artículo 63 de este proyecto de Código se contempla las excepciones a la aplicación de la figura del preaviso en dos situaciones. Primera: "No será necesario el preaviso en el caso de agravio entre las partes de la relación de trabajo." Aunque aquí no se especifique el agravio, a mi criterio, se refiere a la ofensa de alguna de las partes y por ende la existencia de alguna causa justificada para dar por terminado el contrato o relación laboral. Segunda: El mismo Artículo establece: "Si esta

circunstancia -agravio- se diera dentro del plazo del preaviso, se aplicarán para el tiempo restante las disposiciones del párrafo anterior.” claro está que si se da una causa justificada para dar por terminado el contrato individual de trabajo o la relación laboral, el plazo y el efecto del mismo desaparecen, para dar lugar a un despido por una causa justa para la parte que ha sufrido tal agravio.

En este proyecto también se hace mención de la figura del preaviso en el Artículo 50 inciso tercero. Dice: “Son los efectos de la suspensión individual:...3) El trabajador puede dar por terminado su contrato o relación de trabajo durante la suspensión individual de trabajo, siempre que dé el aviso previo de ley.”

Algunas conclusiones que se pueden dar de este proyecto de Código de Trabajo referente a la institución del preaviso, podría ser que adolece de entre otros defectos y omisiones de las siguientes:

a) Faculta solamente al empleador para suspender el plazo del preaviso;

b) Generaliza el plazo del preaviso;

c) Omite regular la reducción de la jornada de trabajo;

d) Permite hacer una reducción del plazo de presentación del preaviso en el contrato individual de trabajo, lo que es desventajoso para el trabajador.

b) Códigos de Trabajo de Guatemala

- **Código de Trabajo, Decreto número 330 y sus reformas, Decretos números 526 y 623 del Congreso de la República**

El Código de Trabajo Decreto 330 del Congreso de la República de Guatemala, en cuanto a la regulación de la institución del preaviso no ha cambiado en su redacción respecto al actual, por lo que considero analizar el Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, Código de Trabajo vigente.

- **Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República**

El Código de Trabajo vigente, muestra algunas facetas muy especiales e importantes por la filosofía contenida en los Artículos a los que hace alusión a la institución jurídica del preaviso, los cuales a continuación se analizan.

El primer supuesto de la figura en cuestión está regulado en el Artículo 83 al preceptuar: “El trabajador que desee dar por concluido su contrato por tiempo indeterminado sin justa causa o atendiendo únicamente a su propia voluntad y una vez que haya transcurrido el período de prueba debe dar aviso previo al patrono de acuerdo con lo que expresamente se estipule en dicho contrato, o en su defecto de conformidad con las siguientes reglas:...” El Artículo transcrito en su primera parte carece de algunos elementos aclaratorios; pero tomando éste como parte del contexto del Código de Trabajo, la lógica indica que cuando hace alusión a contrato se refiere a

contrato de trabajo. Por otro lado la legislación vigente comparte un criterio muy especial, como se puede ver, la misma no conceptualiza esta institución como bilateral con respecto a quien da o debe darlo.

Esta legislación deja claramente con exclusividad la obligación al trabajador de dar el preaviso al patrono, cuando el primero desee dar por terminado el contrato individual de trabajo o la relación laboral, cuando sea sin justa causa o atendiendo únicamente a su propia voluntad, con la observación de que el referido contrato o relación de trabajo debe ser por tiempo indeterminado. Algunos estudiosos del derecho opinan que el hecho de que el Código actual sólo obliga al trabajador a pre avisar es una muestra de que los legisladores tratan de consagrar en el mismo, aunque en forma muy débil el principio de estabilidad laboral del trabajador, al no permitirle al patrono pre avisar de la terminación del contrato o la relación laboral.

También el Artículo 83 especifica el tiempo para dar tal aviso previo, el cual es después del período de prueba que son los dos primeros meses como máximo o que las partes convengan un período menor una vez iniciada la relación laboral, según preceptúa el Artículo 81 del mismo Código, así: “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...”

Siguiendo con el análisis del mismo Artículo, y como ya se apuntó, existe la libertad de pactar el plazo para presentar el preaviso, en caso se omitiera éste, el mismo Artículo da las reglas para determinar tal plazo así: a) Antes de ajustar seis meses de servicios

continuos, con una semana de anticipación por lo menos; b) Después de seis meses de servicios continuos pero menos de un año, con diez días de anticipación por lo menos; c) Después de un año de servicios continuos pero menos de cinco años, con dos semanas de anticipación por lo menos; y d) Después de cinco años de servicios continuos, con un mes de anticipación por lo menos. Como observancia sobre el particular, en este Artículo se determina los plazos atendiendo a la antigüedad del trabajador; a mayor tiempo laborado mayor plazo, y a menor tiempo laborado menor plazo, cuyo límite máximo es de un mes y el mínimo es de una semana.

Continuando con el análisis del Artículo 83, se encuentra que dicho preaviso se debe dar siempre por escrito. Este supuesto es un requisito como ya se apuntó un tanto dificultoso, tomando en cuenta el grado de escolaridad que puedan presentar los trabajadores guatemaltecos, pero sería muy útil como prueba en caso de un litigio posterior, a la vez preferible para que resulte más fácil probar que se entregó y que fue recibido por el patrono. En el mismo Artículo también señala otra forma de dar el preaviso cuando dice: "...pero si el contrato es verbal, el trabajador puede darlo en igual forma en caso de que lo haga ante dos testigos...".

El mismo Artículo también establece que: "...no pueden ser compensados pagando el trabajador al patrono una cantidad igual al salario actual correspondiente a las expresadas plazas, salvo que este último lo consienta;...". Este párrafo se refiere a la omisión del preaviso, o bien a la suspensión del plazo del preaviso.

Continúa el mismo Artículo: "...y el patrono, una vez que el trabajador le haya dado el

aviso respectivo, puede ordenar a éste que cese en su trabajo, sea por haber encontrado sustituto o por cualquier otro motivo, sin incurrir por ello en responsabilidad". Este supuesto que le da fin al segundo párrafo del presente Artículo, en cuanto a los criterios doctrinales no sería muy aceptado, por cuanto dice que el patrono una vez recibido el aviso respectivo, puede ordenar al trabajador el cese de sus labores, situación que hace que la institución en estudio se desvirtúe en cuanto a la observación del plazo; es una situación impropia e inadecuada de precipitar la terminación del contrato o relación de trabajo. De esa virtud al dar el trabajador el preaviso, prácticamente el patrono se encuentra exento de toda responsabilidad, en lo referente a indemnización por antigüedad.

En esta parte del Artículo que se analiza, aparece que el patrono al recibir el preaviso, puede cesar en ese mismo momento el vínculo laboral, o bien lo puede hacer por haber encontrado sustituto o por cualquier otro motivo; esto tiene su base en los preceptos legales ya citados. Resulta aquí que la violación a los principios doctrinales, que rigen el preaviso, es legal, pues se permite al patrono ignorar el plazo del preaviso sin responsabilidad para él. De esa virtud el trabajador, pierde su sueldo o salario por el plazo del preaviso, lo que hace colocarlo de hecho en un despido directo, por la falta de la observación del plazo del preaviso; y se da el rompimiento brusco o desocupación repentina del trabajador, así como la falta de salario a que tiene derecho de acuerdo a la filosofía conciliadora y proteccionista del preaviso.

Sigue el Artículo 83, el cual dice: "Son aplicables al preaviso las reglas de los incisos c) y d) del artículo 82". Y por último preceptúa que: "Igualmente lo es la del inciso b) del

mismo texto legal, en todos aquellos casos en que proceda calcular el importe en dinero del plazo respectivo.” Los incisos a que hace alusión esta última parte del Artículo son los siguientes: “b) Su importe debe calcularse tomando como base el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato o el tiempo que haya trabajado, si no se ha ajustado dicho término; c) La continuidad del trabajo no se interrumpe por enfermedad, vacaciones, licencias, huelga legal, u otras causas análogas que según este Código suspenden y no terminan el contrato de trabajo; y d) Es nula ipso jure la cláusula del contrato que tienda a interrumpir la continuidad de los servicios prestados o por prestarse; ...” En esta última parte del Artículo citado puede verse que tiene como objetivo específico, dar las reglas que deben usarse en caso el patrono acepte que el trabajador le pague el preaviso, de acuerdo al salario actual de la plaza que ocupa éste. Además hace la aclaración de la continuidad de la vigencia del contrato de trabajo, cuando se dan las suspensiones reguladas en la ley nacional.

También este Código en el Artículo 69 segundo párrafo regula otra situación en la que hay obligación para el trabajador de hacer uso del preaviso, el cual dice: “El trabajador sí puede dar por terminado el contrato sin justa causa durante la vigencia de la suspensión, siempre que dé el aviso previo de ley, y con justa causa omitiendo éste.” El Artículo anterior se encuentra transcrito en el Código de Trabajo dentro del contexto de la suspensión individual parcial o total.

El Código de Trabajo vigente también regula la institución del preaviso en el caso de despido indirecto; el Artículo 79 enumera las causas justas por las cuales el trabajador

puede dar por terminado el contrato de trabajo sin responsabilidad de su parte; sin embargo es necesario que el trabajador le comunique al patrono de tal situación, debiendo cesar inmediatamente de sus labores.

El Artículo 80 preceptúa lo siguiente: “La terminación del contrato conforme a una o varias de las causas enumeradas en el Artículo anterior, constitutivas de despido indirecto, surte efecto desde que el trabajador la comunique al patrono, debiendo aquel en este caso cesar inmediatamente y efectivamente en el desempeño de su cargo...”

...“En el supuesto anterior, el patrono goza del derecho de emplazar al trabajador ante los tribunales de trabajo y previsión social y antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de probarle que abandonó sus labores sin justa causa. Si el patrono prueba esto último, en los casos de contratos por tiempo indefinido, debe el trabajador pagarle el importe del preaviso y los daños y perjuicios que haya ocasionado según estimación prudencial que deben hacer dichos tribunales...”

Otro Artículo en donde también se regula la aplicación del preaviso es el 74; en su segundo párrafo, establece: “...Durante la vigencia de una suspensión colectiva determinada por otras causas pueden darse por terminados los contratos de trabajo, siempre que hayan transcurrido más de tres meses, desde que dicha suspensión comenzó y que los patronos paguen las prestaciones de los artículos 82 u 84 que correspondan a cada uno de sus trabajadores, o que estos, en su caso den el preaviso legal.” Este es otro de los casos en donde la legislación guatemalteca da cabida a la figura del preaviso, con el requisito que hayan transcurrido 3 meses de suspensión.

c) Otras leyes que regulan la relación laboral

Dentro de las leyes guatemaltecas que regulan la relación laboral se puede incluir la Ley de Servicio Civil, la Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo, La Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, y la Ley de Servicio Civil Municipal, todas éstas, Decretos del Congreso de la República de Guatemala.

Las leyes anteriormente citadas, no amplían mucho sobre la terminación de los contratos de trabajo, sin embargo, considero interesante y oportuno hacer un análisis sobre la institución objeto de estudio.

La Ley de Servicio Civil, Decreto número 17-48 únicamente establece en el Artículo 84 lo siguiente: "La cesación definitiva de funciones de los servidores públicos en el servicio por oposición, se produce en los siguientes casos: 1. Por renuncia del servidor público. 2. Por destitución o remoción. 3. Por invalidez, cuando fuere absoluta. 4. Por jubilación, de conformidad con la ley de la materia. Este Artículo sólo menciona los casos que dan lugar a la cesación de las funciones, y no hace mención de la presentación del preaviso.

La Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo, sólo preceptúa en el Artículo 35 la terminación de la relación de trabajo, y no hace mención alguna sobre el preaviso, éste dice: "La relación de trabajo cesa definitivamente en cualquiera de los casos siguientes: a) Por renuncia del trabajador; b) Por despido; c) Por invalidez absoluta; d) Por jubilación; e) Por muerte del trabajador.

La Ley de Servicio Municipal, Decreto número 1-87 tampoco le pone importancia a esta institución ya que únicamente preceptúa la cesación definitiva de funciones; en el Artículo 63 establece lo siguiente: “La cesación definitiva de funciones de los trabajadores municipales se produce en los siguientes casos: a) Por renuncia del trabajador municipal. b) Por destitución o remoción. c) Por invalidez, cuando fuere absoluta. d) Por jubilación, de conformidad con la ley de la materia.

Caso contrario a las leyes anteriores ya analizadas, la Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial si le dedica un capítulo a la terminación de la relación laboral, misma que se compone únicamente de dos Artículos, en el cual considero que en uno de ellos está la esencia de la institución jurídica del preaviso. Este capítulo establece las causas para la terminación de la Relación laboral.

Al respecto el Artículo 77 dice: La relación laboral termina por: a) Incapacidad para el desempeño del cargo legalmente declarada. b) Jubilación. c) Renuncia. e) Muerte. Este Artículo únicamente menciona las causas de terminación de la relación laboral, pero el Artículo 78 del mismo cuerpo legal establece la facultad del empleado para dar por terminada la relación laboral, y especialmente lo que interesa para este estudio es la literal c); este Artículo dice: Los empleados y funcionarios judiciales podrán dar por terminada la relación laboral, sin responsabilidad de su parte: “...c) Por renuncia que debe presentarse ante la autoridad nominadora con quince días de anticipación, por lo menos. Este es el caso típico de la figura del preaviso, aunque puede observarse que no ahonda en el tema en cuanto a la forma de presentación, ni el criterio adoptado para determinar dicho plazo.

4.2. El preaviso como desigualdad de derechos

Antes de entrar de lleno a conocer el presente tema, es necesario analizar, comentar y definir algunas instituciones que ayudarán a comprender de mejor manera el estudio de la institución jurídica del preaviso como desigualdad de derechos en la legislación laboral guatemalteca.

a) Principios rectores del derecho de trabajo

El derecho de trabajo guatemalteco se sustenta sobre reglas de estructura filosófica, ética y jurídica, que en una u otra forma, están presentes en todas y cada una de sus instituciones.

Los principios rectores del derecho de trabajo son aquellos postulados de política jurídico-laboral que aparecen, expresa o tácitamente consagrados en sus normas. A continuación se desarrollan las más importantes.

➤ La idea del trabajo como un derecho y un deber sociales

Este principio está reconocido expresamente en la Constitución Política de la República, en el Artículo 101, al establecer: "El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social." Toda persona tiene derecho a un trabajo para su sustento y el Estado debe hacer todos los esfuerzos necesarios para generar empleos.

“El derecho del hombre a la existencia tiene hoy un contenido nuevo: En el pasado, significó la obligación del Estado a respetar la vida humana y dejar al hombre en libertad para realizar por sí mismo su destino; en el presente, el derecho del hombre a la existencia quiere decir: Obligación de la sociedad de proporcionar a los hombres la oportunidad de desarrollar sus aptitudes. La sociedad tiene el derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto, y por esto el trabajo es un deber, pero el reverso de este deber del hombre, es la obligación que tiene la sociedad de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres el desarrollo de sus actividades.”⁶⁸

En verdad, todos los trabajadores son seres humanos en el uso y goce de los mismos derechos fundamentales; entre esos derechos se debe incluir el derecho al trabajo, por si mismo nivelador de los individuos, derechos que deben ser llevados hasta sus consecuencias últimas, en cuanto a la aplicabilidad de todas las normas generales de protección que el derecho confiere al trabajador.

➤ **La libertad de trabajo**

Este principio significa que el individuo tiene plena libertad para escoger la actividad que más le acomode. El Artículo 102 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala al respecto dice: “Derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna;...”

68 De la Cueva, Mario, **El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**, Pág. 108 y 109.

➤ **La igualdad en el trabajo**

Entre este principio y el anterior existe una vinculación tan estrecha que, la igualdad sin la libertad no puede existir y ésta no florece donde falta aquella; esto es, ambos son principios fundamentales que se complementan, constituyen pues la razón de ser del derecho de trabajo.

El tratadista brasileño Russomano, citado por Dávalos⁶⁹ señala con todo acierto y brillantez: “El principio fundamental en la legislación y en la doctrina... es la absoluta igualdad en el trato a todos los trabajadores, sin ninguna distinción resultante de la naturaleza del trabajo... Esa medida corresponde en mi opinión, a la piedra angular de lo que se puede considerar una democracia del trabajo. Nada más injusto que el distinguir y clasificar los derechos o los beneficios otorgados a los trabajadores en función de la naturaleza de su oficio o de su trabajo.”

➤ **La estabilidad en el empleo**

“La miseria es la peor de las tiranías. Su causa más frecuente es la carencia o la pérdida del empleo porque entraña la falta de ingresos para subsistir el trabajador y su familia. Estas palabras fueron pronunciadas por Heriberto Jara en la Asamblea Constituyente de Querétaro, en su discurso del 26 de diciembre de 1916. En el actual período de crisis económica, a nivel mundial, ante las cifras crecientes de desempleo y

69 Dávalos, José, **Derecho del Trabajo I**, Pág. 23.

sub empleo, el tema de la estabilidad en el trabajo vuelve a cobrar gran importancia; es fundamental para el buen desarrollo de cualquier economía nacional, asegurar la permanencia en el empleo a los trabajadores.”⁷⁰

Este principio tiene por finalidad proteger a los trabajadores en el empleo, a fin de que tengan, en tanto lo necesiten y así lo deseen, una permanencia más o menos duradera. Sin este principio los postulados de igualdad, libertad, y el trabajo como un derecho y un deber sociales, quedan sin sustento.

“El derecho a la estabilidad es aquel que otorga el carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de las circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que haga imposible su continuación.”⁷¹

Se puede afirmar pues de manera muy amplia, que son normas de estabilidad del trabajador en la empresa, todas aquellas que tienen como objeto evitar o restringir la extinción del contrato de trabajo, en cualquiera de sus modalidades.

En el Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, en tres instituciones se encuentra el principio de estabilidad laboral; los cuales a continuación se desarrollan.

70 *Ibid*, Pág. 25.

71 *Ibid*, Pág. 26.

Artículo 6 "...Los patronos no pueden ceder o enajenar los derechos que tengan en virtud de un contrato o relación de trabajo, ni proporcionar a otros patronos a trabajadores que hubieren contratado para sí, sin el consentimiento claro y expreso de dichos trabajadores, en cuyo caso la sustitución temporal o definitiva del patrono no puede afectar los contratos de trabajo en perjuicio de éstos..." La estabilidad laboral en este Artículo se encuentra en la sustitución patronal, porque aunque se dé ésta, no puede afectar los contratos de trabajo en perjuicio de los trabajadores.

Por otro lado se tiene una importante manifestación del principio de estabilidad laboral en la regla que determina que en principio toda relación de trabajo se entiende celebrada por tiempo indeterminado, salvo los casos expresamente previstos en la misma legislación, excepciones que en todo caso, atienden a la naturaleza misma del vínculo laboral entablado.

La modalidad del contrato de trabajo es otro caso del principio de estabilidad laboral, en el Artículo 26 del mismo Código de Trabajo se establece que: "Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación 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 último caso en donde se encuentra el principio de estabilidad laboral es en la suspensión de los contratos de trabajo.

En el Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República de Guatemala, en el Artículo 65 dice: “Hay suspensión de los contratos de trabajo cuando una o las dos partes que forman la relación laboral deja o dejan de cumplir parcial o totalmente, durante un tiempo, alguna de sus respectivas obligaciones fundamentales (prestación del trabajo y pago de salario), sin que por ello terminen dichos contratos ni se extingan los derechos y obligaciones que emanen de los mismos.”

4.3. La desigualdad en la regulación del preaviso en el derecho laboral guatemalteco

Doctrinariamente se afirma que dar el preaviso es obligación de las dos partes que conforman la relación laboral, en el caso que una de ellas quiera dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral.

Autores como Russomano citado en capítulos anteriores dice “El preaviso es la notificación anticipada debida, a la parte contraria, por quien rescinde el contrato....” Por su parte Cabanellas también citado anteriormente cuando se analizó esta institución, al respecto dice: “El preaviso, constituye la noticia que una parte da a la otra de su propósito de rescindir el contrato de trabajo....”

El preaviso es pues una declaración unilateral de voluntad hecha con la debida

anticipación, por medio de la cual una de las partes que conforman la relación laboral por tiempo indefinido, comunica a la otra que dentro de un plazo dará por terminado el referido nexa. Por tanto, el preaviso es y debe ser utilizado por las dos partes que conforman la relación laboral al momento de querer dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral.

El Artículo 83 del Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala dice: "El trabajador que desee dar por concluido su contrato por tiempo indeterminado sin justa causa o atendiendo únicamente a su propia voluntad y una vez que haya transcurrido el período de prueba debe dar aviso previo al patrono de acuerdo con lo que expresamente se estipule en dicho contrato, o en su defecto de conformidad con las siguientes reglas:..." En el segundo párrafo de este Artículo se establecen las formalidades que debe llenar tal aviso previo.

En este Artículo se puede observar que el único que tiene la obligación de dar el preaviso aquí en Guatemala es el trabajador, caso que me parece una total desigualdad de derechos y poca protección a la parte más débil de la relación laboral, dejando a un lado los principios rectores del derecho de trabajo como la igualdad en el trabajo, la estabilidad laboral, y el principio de tutelaridad.

La Constitución Política de la República de Guatemala también ampara la protección a los trabajadores en la relación laboral en su Artículo 203 al establecer en cuanto al derecho de trabajo que: "Las leyes que regulan las relaciones entre empleadores y el trabajo son conciliatorias, tutelares para los trabajadores y atenderán a todos los



factores económicos y sociales pertinentes...”

Asimismo el considerando cuarto inciso a) del Código de Trabajo establece: “El derecho de trabajo es un derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de estos, otorgándoles una protección jurídica preferente...”. Este considerando invoca el principio de tutelaridad, principio que a mi criterio es el más importante y principal en el derecho laboral guatemalteco, aparte que les otorga protección preferente a los trabajadores.

Algunos autores mencionados a lo largo de este trabajo le dan al hecho de que solamente al trabajador se le obliga a dar el preaviso, cierta importancia aduciendo el principio de estabilidad, considerando ésta cuando el trabajador goza del derecho a permanecer en su trabajo, sin poder ser perturbado en él, mientras no incurra en alguna falta grave que tenga como sanción el despido justificado. En este caso dicen los autores que al no tener obligación el patrono de dar el preaviso no puede despedir al trabajador sin justa causa.

Ahora bien, el Artículo 69 del mismo cuerpo legal establece: “El derecho de dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa no lo puede ejercer el patrono durante la vigencia de la suspensión individual, parcial o total. Con justa causa, lo puede hacer en cualquier momento...” De este primer párrafo del Artículo que se analiza se puede observar que una vez no exista suspensión del contrato de trabajo, el patrono tiene la total libertad de despedir al trabajador sin justa causa y sin previo aviso en cualquier momento; a esto se le llama principio de libertad de despido que va en perjuicio

únicamente del trabajador. El segundo párrafo del Artículo en análisis preceptúa: "...el trabajador sí puede dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, durante la vigencia de la suspensión, siempre que dé el aviso previo de ley, y con justa causa omitiendo éste.". En este párrafo se hace mención que el trabajador si lo puede hacer, siempre que haga uso de la figura del preaviso.

En otro aspecto que también le perjudica al trabajador por la desigualdad en la regulación del preaviso en el derecho laboral guatemalteco es el importe que el trabajador debe pagarle al patrono en caso de que este último justifique ante los tribunales de trabajo y previsión social que el trabajador abandonó el trabajo sin justa causa. Al respecto, el Artículo 80 del Decreto 1441 del Congreso de la República establece: "...En el supuesto anterior (refiriéndose a la terminación del contrato de trabajo por parte del trabajador con una causa justa sin responsabilidad de su parte), el patrono goza del derecho de emplazar al trabajador ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social y antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de probarle que abandonó sus labores sin justa causa. Si el patrono prueba esto último, en los casos de contratos por tiempo indefinido, debe el trabajador pagarle el importe del preaviso y los daños y perjuicios que haya ocasionado según estimación prudencial que deben hacer dichos tribunales;...".

Por todo lo anterior se concluye que en la regulación de la institución jurídica del preaviso en el derecho laboral guatemalteco existe desigualdad de derechos, por cuanto el patrono tiene la libertad de despedir en cualquier momento al trabajador sin justa causa y sin previo aviso, no así el trabajador que tiene la obligación de dar el

aviso previo de ley para dar por concluido el contrato de trabajo o la relación laboral por tiempo indefinido, éste sin justa causa o atendiendo únicamente a su propia voluntad.

4.4. Análisis de los resultados del trabajo de campo

De acuerdo a los resultados del trabajo de campo, se puede inferir que la mayoría de los entrevistados afirman que existe desigualdad de derechos en la regulación del preaviso en la legislación laboral guatemalteca, esta mayoría se refleja en un 93 % de los entrevistados, tal desigualdad dicen, obedece al hecho que solamente el trabajador está obligado a cumplir con tal requisito. El 93% al igual que la anterior opinión considera que la obligación de dar el preaviso debe ser también del patrono, esto para que exista igualdad de derechos. El 90% cree que los trabajadores no utilizan esta figura al querer dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral, sino que simplemente abandonan sus labores, esto podría ser a que no se promociona en nada esta figura, afirman. El 83% dice que las normas que regulan la institución jurídica del preaviso no son funcionales, y no se cumple con el objetivo para lo que está establecido, más bien acarrea problemas al momento de presentarlo. Y el 87% de las personas cuestionadas consideran que esta figura es obsoleta por cuanto los trabajadores que son los únicos obligados a darlo no lo hacen por ser ésta poco funcional.

Una de las causas por las cuales se considera que es poco común su utilización según los entrevistados, es el hecho de que no se cuenta con la intervención de la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, con ello no existe una



coercitividad hacia el trabajador para que cumpla con tal requisito.

En consecuencia, considero que la institución jurídica del preaviso es de gran importancia y significación para ser utilizada por las dos partes que conforman la relación laboral, por ello debe reformarse el Artículo 83 del Código de Trabajo, toda vez que la forma en la que está regulada no es congruente con la realidad por las razones ya apuntadas.

CONCLUSIONES

1. Tomando en cuenta la desigualdad económica que existe entre el trabajador y el patrono, y sabiendo que no en todos los tiempos existe una oferta alta de mano de obra, los plazos del preaviso deben aumentarse, cuando pre avisa el patrono y disminuirse cuando es pre avisado éste.
2. Es criterio casi generalizado en las legislaciones laborales que cuando el patrono pre avisa la terminación del contrato de trabajo o la relación laboral sin justa causa, éste tiene la obligación de dar licencia al trabajador para que busque un nuevo empleo.
3. En la legislación laboral guatemalteca, el hecho que se regula la obligación únicamente al trabajador a hacer uso de la figura del preaviso al querer dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral, se está ante una desigualdad de derechos.
4. Es criterio generalizado en la ley, así como en la doctrina, que la utilización de la institución jurídica del preaviso rige solamente para los contratos de trabajo por tiempo indefinido, no así, para los contratos por tiempo definido u obra determinada.
5. En los países centroamericanos, a excepción de la República de El Salvador por no regular esta figura, la única norma laboral legal común, con respecto a la regulación de la institución jurídica del preaviso, es que ésta debe darse por escrito.





RECOMENDACIONES

1. Que el Congreso de la República modifique los plazos para la presentación del preaviso contenidos en el Artículo 83 del Código de Trabajo, en el sentido de disminuirlos para que el trabajador no retarde su salida y así desligarse del vínculo que los une, e iniciar un nuevo empleo.
2. Considero necesario que en la legislación guatemalteca, en primer lugar se debe regular la obligación al patrono a que dé el pre aviso, y en segundo lugar, a que dé licencia cuando éste pre avisa, para que el trabajador busque un nuevo empleo y no elevar así la cantidad de personas desempleadas.
3. La institución del preaviso debe regir tanto al trabajador como al patrono, por lo que debe reformarse el Artículo 83 del Código de Trabajo en el sentido de regular también la obligación al patrono a dar el preaviso y así lograr igualdad de derechos.
4. Creo conveniente que el preaviso debe establecerse también en los contratos por tiempo definido u obra determinada, por cuanto el patrono muchas veces incumple con el tiempo de la terminación del contrato de trabajo o la relación laboral, ó no concluye la obra por cualquier razón.
5. Considero que el preaviso debe darse siempre y solamente por escrito, con la finalidad de tener una prueba documental para cualquier litigio posterior, para ello se debe reformar el Artículo 83 del Código de Trabajo que se refiere a la presentación verbal en caso de contratos de esta naturaleza.





ANEXOS



ANEXO I

Para enriquecer la presente investigación, se efectuó un trabajo de campo que consistió en la elaboración de un pliego de preguntas, que por medio de la entrevista se les plantearon a Inspectores y Sub Inspectores de trabajo, y a Jueces de Trabajo y Previsión Social.

Con el resultado de dicho trabajo de campo se pudo obtener valiosos apuntes, los cuales sirvieron para establecer las conclusiones y las recomendaciones del tema investigado.

ANEXO II

A continuación se muestran las interrogantes que les fueron planteadas a las personas en el trabajo de campo realizado:

CUESTIONARIO

1. ¿En su opinión, considera que existe desigualdad de derechos en la regulación del preaviso en el derecho laboral guatemalteco? (Art. 83 del Código de Trabajo)
Si ___ No ___ ¿Porqué? _____

2. ¿Considera usted que la obligación de dar el preaviso debe ser también para el patrono?
Si ___ No ___ ¿Porqué? _____

3. ¿En su opinión, considera que la figura del preaviso es utilizado por el trabajador al querer dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral?
Si ___ No ___ ¿Porqué? _____

4. ¿Considera usted que las normas que regulan la institución jurídica del preaviso son positivas y eficaces?
Si ___ No ___ ¿Porqué? _____

5. ¿Considera usted que el preaviso es una institución jurídica obsoleta?
Si ___ No ___ ¿Porqué? _____

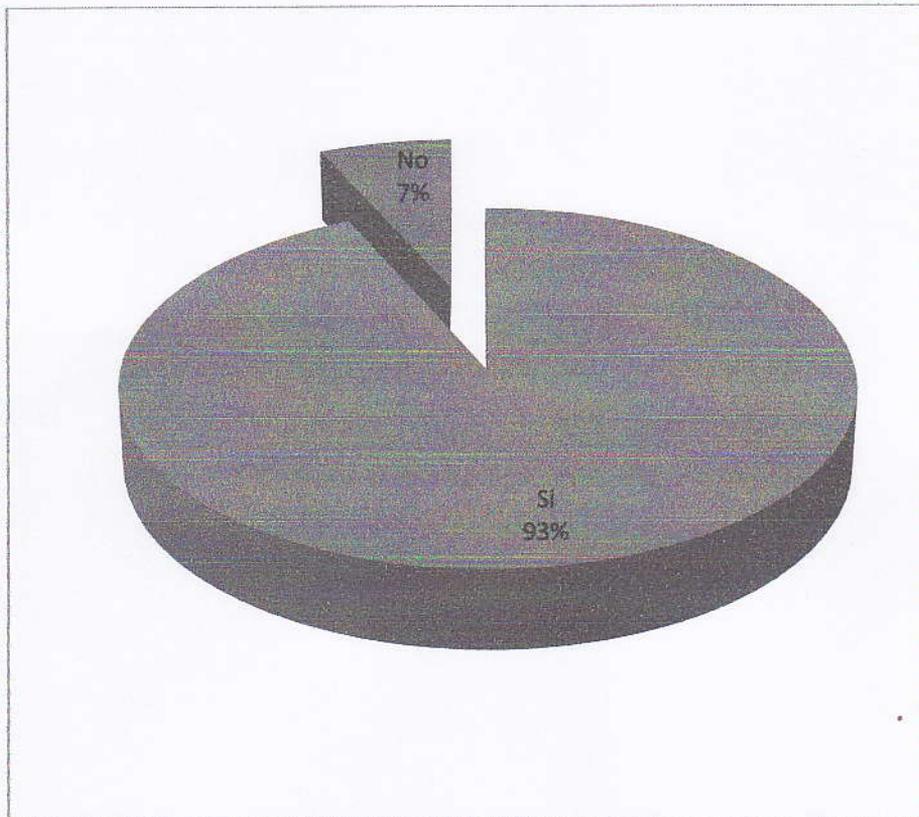


ILUSTRACIONES

GRÁFICA No. 1

Pregunta No. 1: ¿En su opinión, considera que existe desigualdad de derechos en la regulación del preaviso en el derecho laboral guatemalteco?

Respuesta:	Cantidad:	Total:
Si	28	30
No	2	



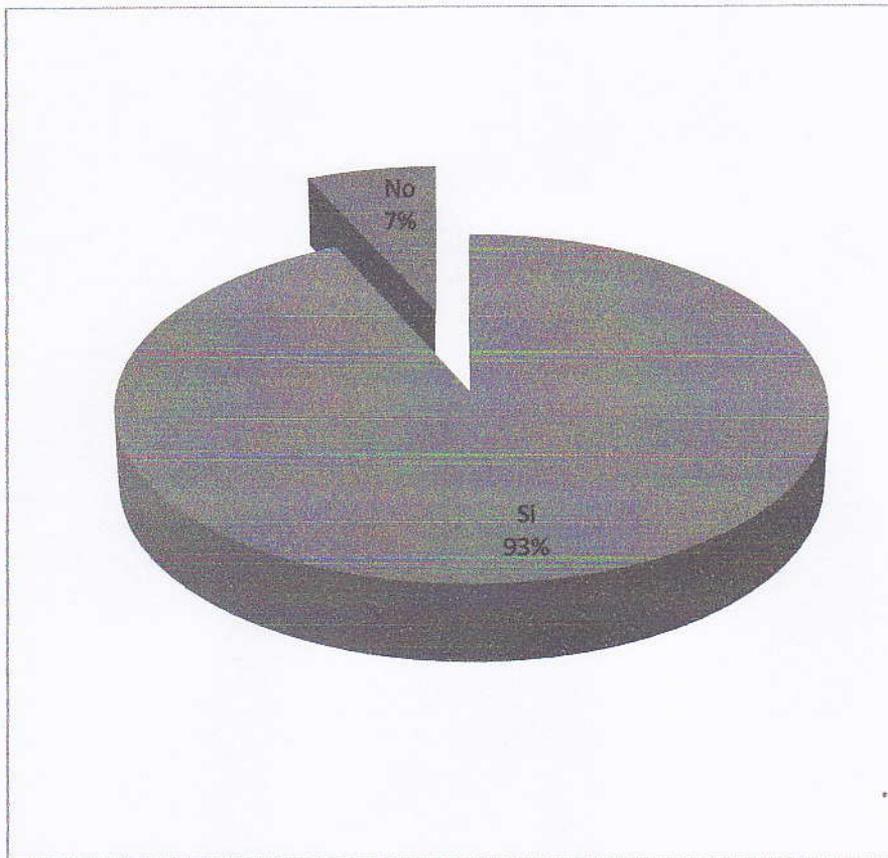
Como puede observarse en la gráfica, el 93% de los entrevistados considera que existe desigualdad de derechos, porque dicen que solamente al trabajador se le obliga a dar el preaviso. El 7% consideró que no existe desigualdad.

Fuente: Investigación de campo, Marzo de 2012.

GRÁFICA No. 2

Pregunta No. 2: ¿Considera usted que la obligación de dar el preaviso debe ser también para el patrono?

Respuesta:	Cantidad:	Total:
Si	28	30
No	2	



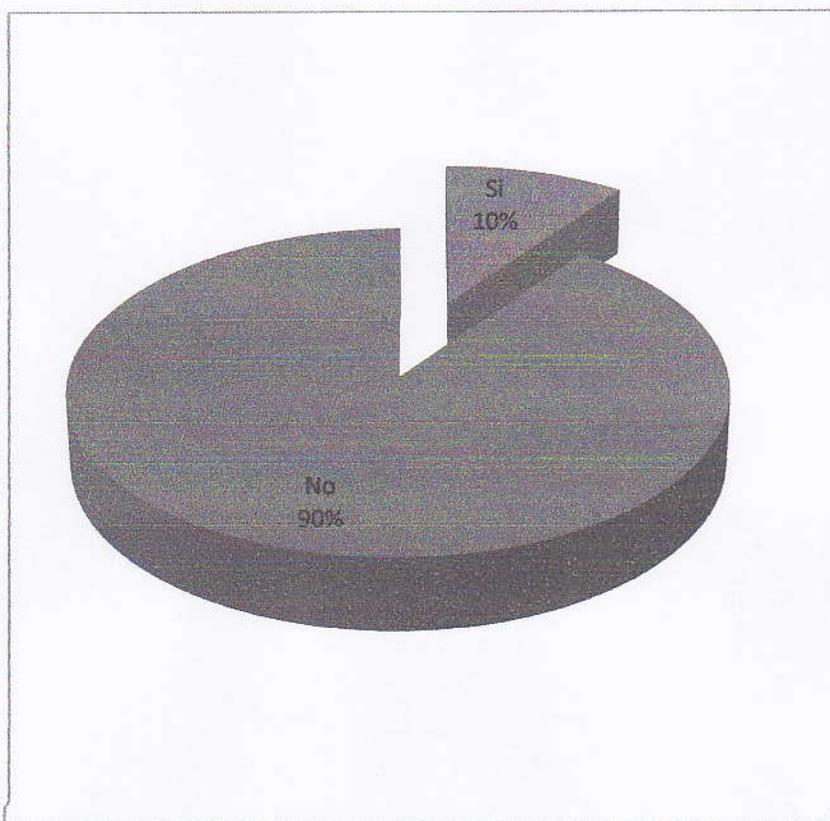
La gráfica muestra que la mayoría de los entrevistados considera que para que exista igualdad de derechos el preaviso debe regir también al patrono. Esta mayoría la compone el 93%. El 7% dice que debe regir únicamente al trabajador para que exista cierta estabilidad en la relación laboral.

Fuente: Investigación de campo, Marzo de 2012.

GRÁFICA No. 3

Pregunta No. 3: ¿En su opinión, considera que la figura del preaviso es utilizado por el trabajador al querer dar por terminado el contrato de trabajo o la relación laboral?

Respuesta:	Cantidad:	Total:
Si	3	30
No	27	



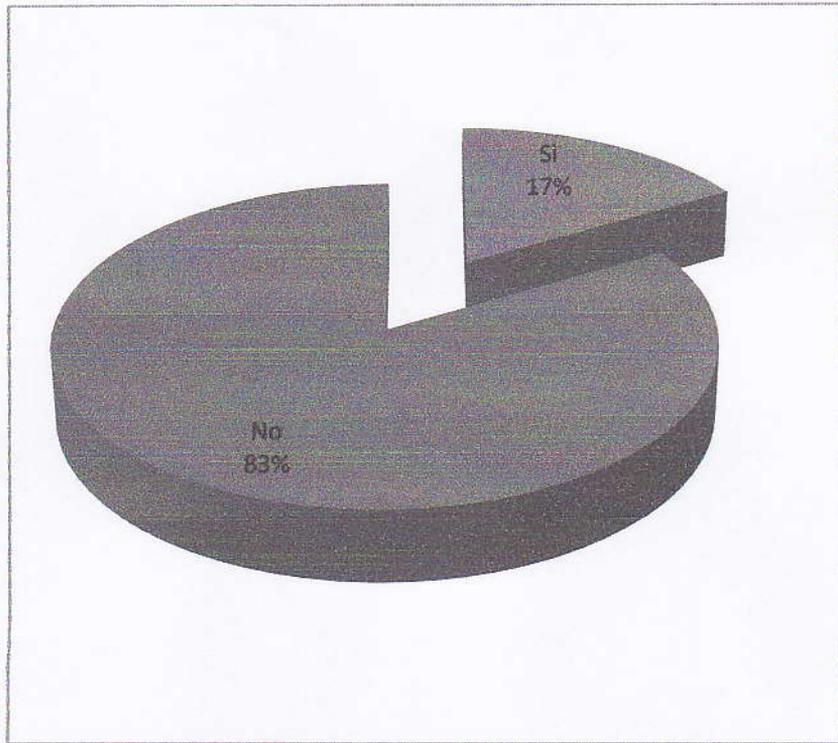
Respecto a esta pregunta, el 90% de los entrevistados, como lo muestra la gráfica, considera que el trabajador no utiliza esta figura por falta de conocimiento, según ellos, porque no se promociona dicha institución, caso contrario, el 10% dice que ha tenido la experiencia de ver utilizar tal figura.

Fuente: Investigación de campo, Marzo de 2012.

GRÁFICA No. 4

Pregunta No. 4: ¿Considera usted que las normas que regulan la institución jurídica del preaviso son positivas y eficaces?

Respuesta:	Cantidad:	Total:
Si	5	30
No	25	



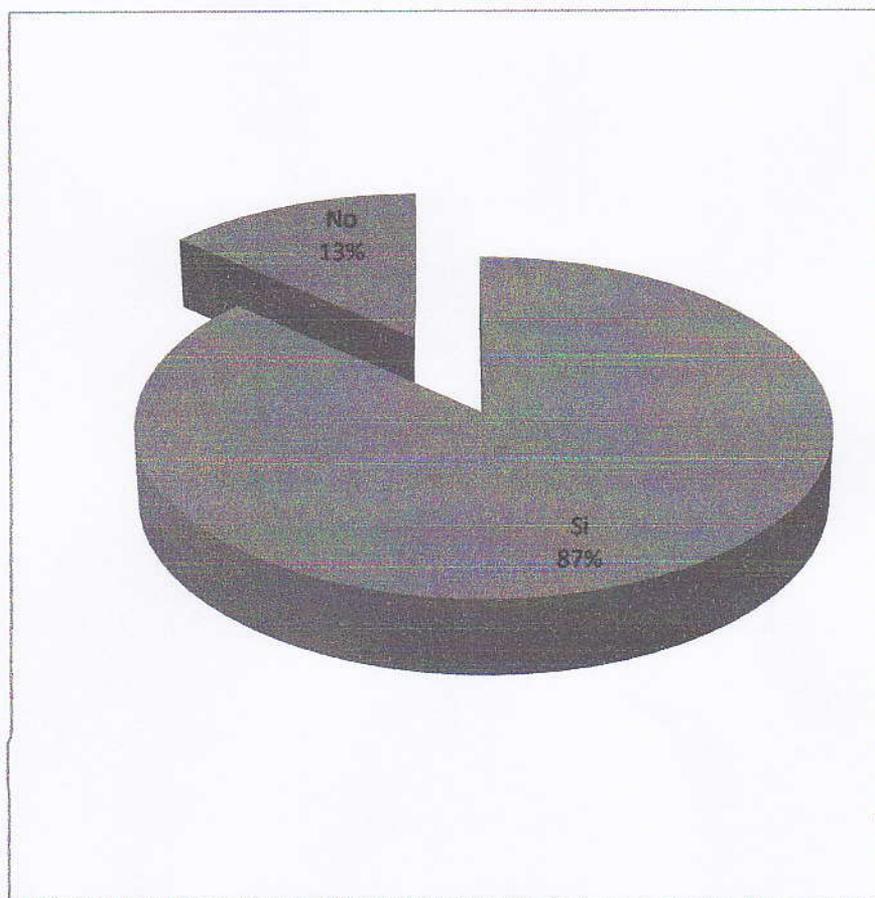
Según los entrevistados, el 83% considera que las normas que regulan el preaviso no se cumplen. Los trabajadores en la mayoría de los casos simplemente abandonan sus labores al querer dar por terminada la relación laboral, esto porque les provoca más problemas al dar el preaviso, afirman. El 17% cree que si se cumplen y tiene beneficio para ambas partes.

Fuente: Investigación de campo, Marzo de 2012.

GRÁFICA No. 5

Pregunta No. 5: ¿Considera usted que el preaviso es una institución jurídica obsoleta?

Respuesta:	Cantidad:	Total:
Si	26	30
No	4	



El 83% de los entrevistados considera al preaviso como una figura obsoleta, ya que no beneficia en nada, aparte de que no se utiliza por parte del trabajador quien es el obligado a darlo, caso contrario el 13% no lo considera obsoleta porque si se utiliza estrictamente podría traer muchos beneficios para ambas partes.

Fuente: Investigación de campo, Marzo de 2012.





BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 9ª. ed.; actualizada; Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 2010.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. ed., actualizada, corregida y aumentada. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, (s.f.).
- CABANELLAS, Guillermo. **Contrato de trabajo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Libreros Lavalle 1328, (s.f.)
- CABANELLAS, Guillermo. **El derecho de trabajo y sus contratos**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Mundo Atlántico. 1945.
- CALDERA, Rafael. **Derecho de trabajo**. 1t.; 2ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. El Ateneo, 1960.
- DÁVALOS, José. **Derecho del trabajo I**. 2ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1988.
- DEVEALI, Mario L. **Tratado de derecho del trabajo**. 2ª. ed.; actualizada y ampliada; Buenos Aires, Argentina: Ed. La ley, S. A., 1971.
- DE BUEN LÁZARO, Néstor. **Derecho de trabajo**. 4ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1981.
- DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. 3ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1975.
- ENCICLOPEDIA EN LINEA, **Wikipedia, la enciclopedia libre**,
<http://www.es.wikipedia.org/wiki/Derecho/Etimolog.C3.ADa>, (18 de noviembre de 2011 y 27 de enero de 2012).
- FENECH, Miguel. **Enciclopedia práctica de derecho**. 1 vol.; Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, México, Montevideo: Ed. Talleres gráficos Mariano Gálvez. 1952.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. 4ª. ed.; ampliada, corregida y actualizada; Guatemala: Ed. Ius Ediciones, 2011.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando Flores. **Introducción al estudio del derecho y derecho civil**. 6ª. ed.; México: Ed. Porrúa, S.A., 1990.
- KATZ, Ernesto. **La estabilidad en el empleo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Roque de Palma, 1957.



LOPEZ MAYORGA, Leonel Armando. **Introducción al estudio del derecho I.** 4ª. ed.; Guatemala: Ed. Lovi, 2004.

NIKITÍN, P. **Economía política.** Manual de divulgación, traducida al español, por Domingo Arteaga. México: Ed. Mexicanos Unidos S.A., 1977.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española,** <http://www.buscón.rae.es/drae/> , (22 de noviembre de 2011).

RODRIGUEZ, Rafael Forero. **El empleador,** <http://www.biblio.jurídicas.unam.mx./libros/1/139/23.pdf>, (28 de enero de 2012).

RUSSOMANO, Mozart Víctor. **El preaviso en el derecho de trabajo.** Buenos Aires Argentina: Ed. Ediciones De Palma, 1965.

SERRA CALDERA, Alejandro. **Derecho del trabajo.** 1 t.; Nicaragua: Ed. Universitaria de la Universidad Autónoma de Nicaragua, (s.f).

VALLE VALDIZÁN, Roberto Adolfo. **La estabilidad en el trabajo: Factor fundamental de las relaciones individuales y colectivas del trabajo.** Guatemala: Ed. Lito-Apolo-Imprenta. 1978.

VARIOS AUTORES. **Estudios sobre el derecho individual de trabajo, homenaje al profesor Mario L. Deveali.** Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliastra S.R.L., (s.f).

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley número 106, 1964.

Código de Trabajo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1441, 1961.

Código de Trabajo de la República de El Salvador. Asamblea Legislativa, Decreto número 15. 1972.

Código de Trabajo de la República de Honduras. Congreso Nacional, Decreto número 189. 1959.

Código de Trabajo de la República de Nicaragua. Asamblea Nacional, Ley número 185. 1996.



Código de Trabajo de la República de Costa Rica. Congreso Constitucional, Ley número 2. 1943.

Código de Trabajo de la República de Panamá. Asamblea Legislativa, Decreto de Gabinete número 252. 1972.

Ley de Servicio Civil. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-48, 1969.

Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 44-86, 1986.

Ley de Servicio Municipal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1-87, 1987.

Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 48-99. 1999.

Proyecto de Código de Trabajo. Congreso de la República, 1974.

Proyecto de Código de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Previsión Social, 1979.