

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

**NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA DE LOS
ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS QUE SE DEDICAN A LA
SUBCONTRATACIÓN LABORAL PARA RESPONDER
POR OBLIGACIONES LABORALES**

DENNIS ISRAEL TUQUER BARAHONA

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2013

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

**NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA DE LOS
ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS QUE SE DEDICAN A LA
SUBCONTRATACIÓN LABORAL PARA RESPONDER
POR OBLIGACIONES LABORALES**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

DENNIS ISRAEL TUQUER BARAHONA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Octubre de 2013.

**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 I:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V:	Br. Rocael López González
SECRETARIA:	Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Erick Fernando Rosales Orizabal
Vocal:	Licda. Ana Reyna Martínez Antón
Secretaria:	Licda. Floridalma Carrillo Cabrera

Segunda Fase:

Presidente:	Licda. Mirta Eugenia Irungarai Lopez
Vocal:	Lic. José Alejandro Cordoba
Secretario:	Lic. Pablo Xitumul de Paz

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y del 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).

LICENCIADO MIQUEAS ENRIQUE LUX GARCIA
ABOGADO Y NOTARIO col. 8828
30 CALLE 0-22 ZONA 8, CIUDAD CAPITAL
TEL. 56382190 5071-5506



Guatemala, 27 de Febrero de 2013.

Licenciado Bonerge Amílcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.

Respetable Licenciado:



De acuerdo con el nombramiento emitido por este jefatura el día 18 de junio de dos mil doce en el que se me nombra como asesor del trabajo de tesis del bachiller **DENNIS ISRAEL TUQUER BARAHONA** intitulado: **“NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA DE LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS QUE SE DEDICAN A LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL PARA RESPONDER POR OBLIGACIONES LABORALES”** y para lo cual presento el siguiente dictamen:

1. De la revisión practicada se establece que el contenido técnico y científico del trabajo de investigación es de utilidad ya que en la misma se conjunta la parte social con la parte jurídica en cuanto al análisis realizado a la temática de la necesidad de regular la responsabilidad ilimitada que gozan los accionistas de las sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación laboral dentro del tema de la responsabilidad ante las obligaciones laborales.
2. La redacción ha sido elocuente, clara y practica para la fácil comprensión del lector.
3. En cuanto a la metodología empleada, se pudo determinar que se uso el método deductivo, inductivo, analítico, sintético y jurídico para la recopilación de la información necesaria, el método analítico para le análisis y aplicación de dicha información, así como el método sintético para llegar a conclusiones certeras con la información obtenida y analizada previamente; en relación a las técnicas usadas por

LICENCIADO MIQUEAS ENRIQUE LUX GARCIA
ABOGADO Y NOTARIO col. 8828
30 CALLE 0-22 ZONA 8, CIUDAD CAPITAL
TEL. 56382190 5071-5506



el estudiante, estas fueron la revisión documental y el fichaje para la manipulación de la información necesaria en la elaboración de la tesis de grado.

4. La contribución científica de la investigación reviste gran importancia, en cuanto que en la misma se realiza un trabajo de campo en el cual se llego directamente a los actores involucrados en el tema desarrollado.
5. La bibliografía utilizada por el estudiante fue la adecuada, por proporcionar esta información actual sobre el tema objeto de la investigación y brindar a la misma la veracidad requerida.
6. Considero que tanto las recomendaciones como las conclusiones de este trabajo de tesis son congruentes con la investigación realizada y son un aporte importante para la solución del problema planteado.

Por lo anteriormente expuesto OPINO que el trabajo del bachiller **DENNIS ISRAEL TUQUER BARAHONA** satisface y reúne los requisitos necesarios para su aprobación, tal y como lo establece el normativo para la elaboración de tesis, en particular el articulo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico. Por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que pueda continuar con la tramitación correspondiente.

Atentamente;



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 09 de septiembre de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante DENNIS ISRAEL TUQUER BARAHONA, titulado NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA DE LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS QUE SE DEDICAN A LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL PARA RESPONDER POR OBLIGACIONES LABORALES. 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/silh.

Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO



Rosario





DEDICATORIA

A DIOS:

Por darme la Sabiduría, Protección e Inteligencia para completar terminar la carrera que un día decidí iniciar.

A MIS PADRES:

Por ser el mejor ejemplo de perseverancia y rectitud, por enseñarme todo lo necesario para llegar a ser una buena persona, su ejemplo y admiración permanecerán conmigo toda la vida. Muchas gracias.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS:

Por ser el soporte que necesite cuando las fuerzas faltaban, por brindarme ese aliento que solo los buenos amigos pueden dar, a todos ellos y ellas muchas gracias.

A LA UNIVERSIDAD DE

SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por abrirme las puertas del conocimiento y la educación superior, también por brindarme lo necesario para iniciar mi profesión, siempre tendré el honor y el orgullo de representarla en mi vida profesional.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS

JURÍDICAS Y SOCIALES:

Por brindarme todos los conocimientos en sus salones de clases y por permitirme egresar de tan prestigiosa facultad en el país.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de sociedades en Guatemala.....	1
1.1. Definición de derecho de sociedades.....	1
1.2. Concepto de sociedad mercantil.....	2
1.3. Formas de sociedades mercantiles.....	3
1.3.1. Sociedad colectiva.....	5
1.3.2. Sociedad en comandita.....	5
1.3.3. Sociedad de responsabilidad limitada.....	6
1.3.4. Sociedad Anónima.....	7
1.4. Inscripción de las sociedades mercantiles.....	8
1.4.1. Registro Mercantil.....	9
1.4.2. Superintendencia de Administración Tributaria.....	9
1.4.3. Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.....	6
1.4.4. Instituto de Recreación de los Trabajadores (IRTRA).....	10
1.4.5. Marco jurídico del derecho societario en Guatemala.....	11

CAPÍTULO II

2. Las sociedades anónimas.....	13
2.1. Definición.....	13
2.2. Objeto social.....	15
2.3. Características.....	16
2.3.1. Sociedad capitalista.....	18
2.3.2. Sociedad por acciones.....	19



2.3.3. Carácter mercantil.....	20
2.3.4. Identificación frente a terceros.....	22
2.3.5. Organización corporativa.....	26

CAPÍTULO III

3. Responsabilidad limitada en la sociedad anónima.....	35
3.1. Socios accionistas.....	36
3.2. La condición de socio accionista y la titularidad de la acción.....	37
3.3. Derechos integrantes de la condición de socio accionista.....	39
3.4. Obligaciones de los socios accionistas.....	40
3.5. Obligaciones de hacer o dar el aporte.....	41
3.6. Obligación de saneamiento.....	41
3.7. Obligaciones de no hacer.....	43

CAPÍTULO IV

4. Necesidad de regular la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación laboral para responder por obligaciones laborales.....	45
4.1. Sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación de personal.....	50
4.2. La subordinación como elemento fundamental de relación de trabajo.....	51
4.3. Defraudación laboral.....	53
4.4. Defraudación al seguro social.....	54
4.5. Defraudación fiscal.....	
4.6. Responsabilidad de los socios accionistas de la sociedad subcontratista frente a los trabajadores.....	57
4.7. Responsabilidad del Estado como autoridad.....	59
4.8. Necesidad de regular la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación laboral.....	61
CONCLUSIONES.....	83



	Pag.
RECOMENDACIONES.....	85
Anexo I.....	87
Anexo II.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	103



INTRODUCCIÓN

El motivo para realizar el presente trabajo es que llama la atención que según el Código de Comercio, los socios de las sociedades anónimas son responsables en forma limitada, ya que estos responden únicamente hasta por el monto al que ascienden sus aportaciones dentro de la sociedad, es decir que la responsabilidad de cada socio o accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito, mismas que representan el capital social de la sociedades anónimas, el cual regularmente es por la suma de Q.5,000.00 que es el mínimo permitido por la ley.

Esa limitación de la responsabilidad de los socios que regula el Código de Comercio ha sido utilizada para evadir las responsabilidades, especialmente por parte de aquellas sociedades que se dedican a la subcontratación laboral, especialmente en aquellas empresas de grandes dimensiones que no desean arriesgar ni su nombre ni su patrimonio en caso de ser demandados por los empleados a quienes dejan de pagar sus prestaciones laborales, razones por las que la subcontratación en el ámbito laboral se ha convertido con el paso del tiempo en un disfraz de la relación de trabajo, porque se realiza con el objeto de ocultar el verdadero empleador responsable, lo que a criterio personal debe ser considerado como un fraude elaborado e infame, pues no sólo constituye una manera de disminuir la protección social que le corresponde a los trabajadores, sino que son un fraude legal que se realiza con el objeto de evitar la aplicación de las leyes laborales. Para evitar que se siga utilizando la figura de la subcontratación en el ámbito laboral como un disfraz de la relación de trabajo, se considera necesario que al tratarse de responder de obligaciones laborales, los socios de las sociedades anónimas que se dedican específicamente a la subcontratación

laboral tengan responsabilidad ilimitada, disposición que debe tomarse en cuenta para una futura reforma al Código de Comercio de Guatemala.

En el capítulo 1 del presente trabajo se titula Derecho de Sociedades en Guatemala y se ocupa de la definición de tan importante rama del derecho, así como de dar a conocer el concepto de sociedades mercantil y sus diferentes formas, asimismo se da a conocer el procedimiento de inscripción de las sociedades mercantiles en los diferentes ámbitos que corresponden de conformidad a la ley. En los capítulos 2 y 3 titulados Las Sociedades Anónimas y la Responsabilidad Limitada de la Sociedad Anónima respectivamente, se desarrollan temas tales como la definición de la sociedad anónima, el objeto social y los aspectos que la caracterizan, tales como ser una sociedad capitalista, una sociedad por acciones, de carácter mercantil, con identificación frente a terceros y de organización corporativa así como la forma en que responden de sus obligaciones. El capítulo 4 se titula necesidad de regular la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación laboral para responder por obligaciones laborales. En este capítulo se da a conocer el tema de aquellas sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación de personal, así como la subordinación como elemento fundamental de la relación de trabajo. También se desarrollan los temas de la defraudación laboral, al seguro social y la defraudación fiscal, como efectos de la subcontratación de personal, a este punto y con el sustento de investigación alcanzada puede el investigador comprobar que la hipótesis planteada en su momento si es comprobable así como que los objetivos de la investigación propuestos en un principio fueron alcanzados en virtud del trabajo realizado.



CAPÍTULO I

1. Derecho de Sociedades en Guatemala

1.1 Definición de derecho de sociedades

En opinión del autor Aguilar Guerra “El Derecho de sociedades es quizás la parte más característica del Derecho Mercantil, como Derecho de institucionalización de las empresas.”¹

En ese mismo sentido, el autor De Eizaguirre define el derecho de sociedades como “el Derecho de las agrupaciones privadas de personas, constituidas negocialmente para la consecución de un fin común y determinado.”²

Respecto a las definiciones citadas, a consideración personal desde que una sociedad normalmente recibe personalidad jurídica por ley, se convierte en una persona jurídica, lo que significa que desde ese momento puede ser sujeto de derechos, obligaciones y responsabilidades jurídicas en su propio nombre, y no en nombre de sus socios y es precisamente la atribución de esos derechos, obligaciones y responsabilidades a las sociedades, lo que constituye el paso definitivo para el reconocimiento jurídico de las sociedades y de esa forma se hace necesario el derecho de sociedades.

En Guatemala las sociedades mercantiles son reguladas por el Código de Comercio, aunque debe tomarse en cuenta que cuando se trata de bancos, aseguradoras y sociedades análogas, éstas deben regirse no sólo por dicho Código, sino también por las leyes especiales aplicables a cada caso.

¹ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Derecho de Sociedades**, Guatemala, 2008, pág. 1

² De Eizaguirre, **Derecho de Sociedades**, Madrid, 2001, pág. 9

Se considera que también el Código Civil forma parte del derecho de sociedades, pues es este cuerpo legal el que regula la sociedad civil, aunque este tipo de fenómeno asociativo ya casi no se utiliza en Guatemala.

1.2 Concepto de sociedad mercantil

El profesor Vásquez Martínez define la sociedad mercantil como “la agrupación de varias personas que, mediante un contrato, se unen para la común realización de un fin lucrativo, crean un patrimonio específico y adoptan una de las formas establecidas por la ley.”³ Este criterio es el que inspira al actual Código de Comercio de Guatemala, pues es el que regula en su Artículo 3 que “Las sociedades organizadas bajo la forma mercantil tienen la calidad de comerciantes sociales.”

Por otra parte, el Código Civil estipula en su Artículo 1728 que “La sociedad mercantil es un contrato por el que dos o más personas convienen en poner en común bienes y servicios para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias.” Debe entenderse entonces que para que exista una sociedad mercantil, es necesario que se formalice mediante un contrato, mismo que debe hacerse constar en escritura pública con las formalidades que la ley regula, tal y como lo dispone el Código de Comercio.

El autor Quevedo Coronado opina que la sociedad mercantil “nace de un contrato plurilateral o de organización que se distingue de los contratos bilaterales de cambio (sinalagmáticos), como la compra-venta, mutuo, etcétera, ya que en estos últimos las voluntades y los intereses de las partes son opuestos y en el contrato de sociedad los

³ Vásquez Martínez, Edmundo, **Derecho Mercantil**, Guatemala, 1978, pág. 65

intereses se coordinan para realizar un fin común.”⁴⁵ De esta definición se deduce que derivado del contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos y sus esfuerzos para realizar un fin común.

En resumen, se considera que el contrato de sociedad produce el nacimiento de una nueva persona jurídica con personalidad jurídica propia distinta de cada uno de los socios que la integran, mismos que reúnen sus recursos y esfuerzos no sólo para alcanzar un mismo fin, sino también para obtener ganancias, a la que se le llama sociedad mercantil.

1.3 Formas de sociedades mercantiles

La ley guatemalteca reconoce un número limitado de formas que pueden revestir las sociedades mercantiles, y lo que distingue esencialmente a este tipo de sociedades consiste principalmente el grado de responsabilidad que los socios tienen con respecto a terceros, pudiendo adoptar una u otra forma según convenga a sus intereses y cada una está regulada en forma particular en el Código de Comercio.

El Artículo 10 del Código de Comercio manifiesta la aplicación del principio de *numerus clausus* de los tipos sociales. En este sentido, esta norma prohíbe la creación de nuevos tipos societarios en el ámbito de la autonomía privada, es decir no cabe, la constitución de una sociedad mercantil atípica, porque si se intentara constituir una sociedad de esta naturaleza no podría inscribirse en el registro mercantil. Dicho de otra forma, las sociedades reguladas en el Artículo 10 del Código de Comercio son las

⁴ Quevedo Coronado, Ignacio. **Derecho Mercantil**, México, pág. 48

únicas que reconoce el legislador, por lo que cualquier sociedad que quiera constituirse en forma mercantil debe adoptar alguna de las formas reguladas en dicha norma.

Las sociedades pueden constituirse tomando en cuenta a las personas o al capital. Al respecto, explica Aguilar Guerra que “En las sociedades de personas interesa un factor individual, particular, personal. Se apunta a considerar la calidad del asociado. Aquí no se presenta un divorcio total entre el patrimonio social y el de cada socio en particular, por el contrario los patrimonios tratan de confundirse. La característica esencial recae en la responsabilidad, que en estos casos es personal e ilimitada en lo que se refiere a los negocios sociales. Todas las obligaciones en esta forma de sociedades se tornan solidarias.”⁶ La sociedad colectiva es el ejemplo clásico de este tipo de sociedades.

Contrario a las sociedades de personas, en las sociedades de capital el único factor que interesa es el monetario, sin considerar a las personas ya que el elemento que las caracteriza es la ausencia personal en la responsabilidad de las obligaciones sociales. Al respecto explica Aguilar Guerra que “En las sociedades de capital se presenta una marcada separación, un divorcio entre el patrimonio social y el particular. La distinción de patrimonios subsiste porque la responsabilidad de los socios es limitada, convirtiéndose el patrimonio social en la única prenda de los acreedores.”⁷ La sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada son ejemplos clásicos de sociedades de capital.

Puede darse el caso también de algunas formas sociales mixtas, donde se mezclan los

⁶ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 31

⁷ **Ibíd**

factores personales y pecuniarios, como sucede en las sociedades en comandita, donde existen socios que responden solidaria e ilimitadamente y otros con responsabilidad limitada a los aportes efectuados, los primeros que se conocen como socios gestores y los otros como comanditarios.

1.3.1 Sociedad colectiva

El Artículo 59 del Código de Comercio dispone “Sociedad colectiva es la que existe bajo una razón social y en la cual todos los socios responden de modo subsidiario, ilimitada y solidariamente, de las responsabilidades sociales.” De esta norma se deduce que la sociedad colectiva es una sociedad mercantil de carácter personalista cuyo fin consiste en ejercer una actividad mercantil bajo una razón social común que es común a todos los socios que la conforman, quienes responden ilimitada y solidariamente respecto de las obligaciones que adquiera frente a terceros.

En la actualidad este tipo de sociedad mercantil ha perdido importancia, tanto así que probablemente llegue a desaparecer, lo que a consideración personal obedece a que la responsabilidad de los socios es precisamente ilimitada, lo que la hace menos atractiva para los comerciantes.

1.3.2 Sociedad en comandita

En el derecho guatemalteco la sociedad en comandita está contemplada en dos formas: comandita simple y comandita por acciones. La primera está regulada en el Artículo 68 del Código de Comercio y se caracteriza porque su capital se divide en aportaciones cuyo valor o cuantía consta en la escritura constitutiva, al igual que en la

limitada y en la colectiva. La segunda es regulada por el Artículo 195 del Código de Comercio y es aquella en la que el capital se divide y representa por medio de títulos llamados acciones, al igual que en la sociedad anónima. Los demás elementos en este tipo de sociedad son comunes en ambas formas.

Esta clase de sociedad mercantil es de tipo personalista y en la misma coexisten dos tipos de socios con diferente grado de responsabilidad, unos son llamados socios comanditados y responden en forma subsidiaria, ilimitada y solidaria de las obligaciones sociales y otros son llamados socios comanditarios que tienen responsabilidad limitada al monto de su aportación. Se identifica con razón social y requiere para su fundación de un capital.

Esta sociedad tiene cierta similitud con la sociedad colectiva, así como con la limitada y con la sociedad anónima. Podría decirse que en la sociedad en comandita aparentemente se reúnen dos estructuras societarias diferentes y esto es precisamente lo que hace que sean de complejo funcionamiento, lo que motiva a que este tipo de sociedad esté en franca decadencia, al punto de ser inoperante en el derecho mercantil moderno.

1.3.3 Sociedad de responsabilidad limitada

El Artículo 78 del Código de Comercio regula que la sociedad de responsabilidad limitada "...es la compuesta por varios socios que sólo están obligados al pago de sus aportaciones. Por las obligaciones sociales responde únicamente el patrimonio de la sociedad y, en su caso, la suma que a más de las aportaciones convenga la escritura social. El capital está dividido en aportaciones que no pueden incorporarse a títulos de



ninguna naturaleza ni denominarse acciones.”

Con base en la norma citada, puede definirse que sociedad de responsabilidad limitada es aquella sociedad mercantil que se identifica con denominación o razón social; que cuenta con un capital fundacional dividido en aportes no representables por títulos de acciones y en la que la responsabilidad de los socios es limitada por las obligaciones sociales, hasta por el monto de sus aportaciones.

1.3.4 Sociedad Anónima

En Guatemala el régimen legal de la sociedad anónima se encuentra regulado del Artículo 86 a 194 del Código de Comercio, aunque el actual marco jurídico de la sociedad anónima no se limita al contenido de las normas citadas, pues estas regulan con carácter general el nacimiento, la vida y la extinción de esta forma social, existe un variado conjunto de disposiciones especiales que se ocupan específicamente de tipos concretos de sociedades anónimas tales como sociedad anónima de seguros, bancos, financieras, de inversión, almacenes generales de depósito, etc.

De todas los tipos de sociedades mercantiles, ninguna ofrece la importancia de la sociedad anónima, pues ha constituido el tipo societario más aceptado por su adaptabilidad funcional debido a que puede ser utilizada por empresas de gran envergadura económica, así como por empresas más modestas ya que sirve también para el desarrollo de pequeñas empresas, convirtiéndose así en un instrumento formidable para el desarrollo económico de los pueblos.

El concepto de sociedad anónima resulta implícito del Artículo 86 del Código de

Comercio cuando dispone “sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.” De esta norma se infiere que la sociedad anónima es una sociedad mercantil, de carácter capitalista que se identifica con denominación, tiene un capital dividido representado por títulos llamados acciones y en la que los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad.

1.4 Inscripción de las sociedades mercantiles

El primer lugar en el que debe inscribirse una sociedad mercantil del tipo que sea, es el Registro Mercantil General de la República. Posteriormente las sociedades tienen obligación de efectuar otras inscripciones como:

- a) Inscripción en la Superintendencia de Administración Tributaria, para efectuar los pagos de impuestos pertinentes.
- b) Inscripción de la entidad en la Dirección de Atención al Consumidor –DIACO- y solicitar el libro de quejas, sin olvidar que éste debe colocarse en un lugar visible del establecimiento.
- c) Inscripción de la entidad en el Ministerio de Trabajo, al que deben hacerse llegar copia de los contratos de trabajo de los empleados y reglamento interno de trabajo, así como habilitar libro de salarios.

- d) Inscripción de los empleados al régimen del seguro social, es decir al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social –IGSS-.
- e) Inscripción al Instituto de Recreación de los Trabajadores –IRTRA- (opcional).
- f) Inscripción al Instituto Técnico de Capacitación –INTECAP- (opcional).

1.4.1 Registro Mercantil

En apego al Artículo 17 del Código de Comercio, todas las sociedades deben inscribirse en el registro mercantil general de la república, de tal manera que el testimonio de la escritura constitutiva, así como el de ampliación y sus modificaciones, deben presentarse a dicha institución dentro del mes siguiente a la fecha de la escritura.

Las personas jurídicas adquieren personalidad jurídica a partir de la fecha de inscripción en el registro mercantil general de la república.

1.4.2 Superintendencia de Administración Tributaria

Todos los contribuyentes y responsables están obligados a inscribirse en la superintendencia de administración tributaria antes de iniciar actividades afectas, tal y como lo establece el Artículo 112, numeral 1, literal b y 120 del Código Tributario, pues es una obligación formal inscribirse en el registro tributario unificado, aportando los datos y documentos necesarios, así como comunicar las modificaciones de los mismos.

1.4.3 Instituto Guatemalteco de Seguridad Social

El 30 de octubre de 1946 el congreso de la república de Guatemala emitió el decreto

número 295, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, creándose así una institución autónoma, de derecho público de personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad, de conformidad con su Artículo 1, es aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala un régimen nacional, unitario y obligatorio de seguridad social, de conformidad con el sistema de protección mínima.

La Constitución Política de la República de Guatemala, establece en su Artículo 100 que el Estado reconoce y garantiza el derecho de la seguridad social para beneficio de los habitantes de la nación.

Cuando las sociedades emplean los servicios de tres trabajadores el patrono está obligado a inscribir su empresa en el régimen de seguridad social, debiendo descontar la cuota laboral correspondiente a sus empleados posteriores a la inscripción.

1.4.4 Instituto de Recreación de los Trabajadores (IRTRA)

El instituto de recreación de los trabajadores fue creado por el decreto número 1528 del congreso de la república de Guatemala, para brindar recreación a los trabajadores de la empresa privada y sus familias; está organizada, operada y financiada en su totalidad por las empresas de la iniciativa privada de Guatemala.

Cuando una empresa se afilia al IGSS debe pagar la contribución al IRTRA, según la actividad económica a la que se dedica, el impuesto a pagar es el 1% sobre el total de salarios ordinarios y extraordinarios mensuales, lo cual le permite obtener los carnés de afiliación para los trabajadores con los que puede ingresar sin costo, a todos los

parques recreativos el afiliado y 5 miembros de su núcleo familiar: padres, conyugue e hijos para disfrutar de una recreación sana.

Al pagar las cuotas del IGSS la empresa tiene derecho a afiliarse al IRTRA, y todos los trabajadores de las empresas privadas que estén afiliadas al IRTRA pueden hacer uso de sus instalaciones.

1.4.5 Marco jurídico del derecho societario en Guatemala

Como puede observarse, el marco jurídico del derecho societario en Guatemala es muy amplio, pues su regulación legal no sólo se limita a las disposiciones contenidas en el Código de Comercio, ya que también hay disposiciones tanto en la constitución política de la república de Guatemala, como en otras leyes administrativas que es necesario aplicar para el funcionamiento y cumplimiento de obligaciones de las mismas, tales como la el Código de Comercio, la ley orgánica del instituto guatemalteco de seguridad social, la ley orgánica de la superintendencia de administración tributaria, la ley del impuesto al valor agregado, la ley del impuesto sobre la renta, ahora la ley de extinción de dominio también, porque contiene ciertas disposiciones que tienen relación directa con el derecho societario, etc.





CAPÍTULO II

2. Las Sociedades Anónimas

2.1 Definición

Probablemente a ninguna sociedad se le han reconocido tantos méritos y tantos defectos, como a la anónima. Su función práctica de captar pequeños capitales y crear sólidos fondos de inversión le ha permitido ser el prototipo de sociedad mercantil, propio para el desarrollo y explotación de grandes negocios.

Explica el autor René Arturo Villegas Lara que “el antecedente de esta sociedad se suele encontrar en el derecho romano, aunque hay quienes lo postergan hasta la edad media. En el primero se dice que existieron sociedades autorizadas por el Estado para recolectar impuestos, que tenían su capital dividido en partes cedibles entre los particulares; en la segunda, existieron instituciones bancarias como el Banco de San Jorge, fundando en Génova en 1409, cuya organización era muy parecida a lo que hoy conocemos como sociedad anónima. Sin embargo, el verdadero origen se encuentra en las sociedades que se formaron para las empresas de descubrimiento, conquista y colonización, las que con el auxilio del Estado, fueron generando la forma actual de la sociedad.”⁸

En Guatemala, la sociedad anónima apareció en el Código de Comercio de 1877, promulgado durante la administración del general Justo Rufino Barrios, teniendo como ejemplo el Código de Comercio de Chile. Hasta 1942, fecha en que se emitió un nuevo Código de Comercio, el legislador no hizo más que sistematizar mejor el

⁸ Villegas Lara, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**, Tomo I, Guatemala, 2009, págs. 127 y 128

articulado, que se vio ampliado por una serie de leyes complementarias posteriores. En la actualidad la sociedad anónima se rige por el decreto 2-70 del congreso de la república, que contiene el Código de Comercio vigente en el país, en donde la sociedad anónima ocupa uno de los lugares más importantes.

Respecto a la definición de la sociedad anónima, el Código de Comercio guatemalteco se limita a regular en su Artículo 86 que “Sociedad es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.” De esta norma puede inferirse únicamente que la sociedad anónima es de carácter capitalista y que los socios limitan su responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad, pero en realidad no proporciona una definición *per se* de sociedad anónima.

Se considera apropiado en primer lugar comprender el significado del vocablo sociedad y para el efecto se ha consultado el diccionario de la lengua española, el que la define como “reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones. Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.”⁹

El autor René Arturo Villegas Lara define sociedad anónima como “una sociedad formalmente mercantil, de carácter capitalista, se identifica con denominación, tiene un capital dividido representado en títulos llamados acciones, y los socios limitan su

⁹ Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**, pág. 2081



responsabilidad hasta el monto total de las acciones que son de su propiedad.”¹⁰

Tomando como base la definición de sociedad que proporciona la real academia española y la del autor citado, puede afirmarse que la sociedad anónima es entonces la reunión pactada de personas con el fin de cumplir mediante la mutua cooperación un fin común, misma que cuenta para el efecto con un capital dividido y representado por acciones, donde la responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito.

2.2 Objeto social

El Código de Comercio no hace referencia en ninguno de sus Artículos al objeto social, aunque este es uno de los requisitos que debe figurar en toda escritura constitutiva de sociedad anónima, tal y como lo establece el Código Civil en su Artículo 1730 y el Artículo 46 del Código de Notariado.

El objeto social debe figurar en los estatutos de toda sociedad pues se trata de un elemento que individualiza y caracteriza a la misma. Su omisión constituye causa de nulidad de contrato.

A consideración personal la correcta mención y delimitación del objeto social es importante porque permite fijar el límite de las facultades de representación de los representantes legales, así como someter la sociedad a una determinada legislación.

El objeto social debe ser lícito, determinado y no ser contrario al orden público ni a leyes prohibitivas, pues de lo contrario el contrato podría redargüirse de nulidad

¹⁰Ob.Cit., pág. 129

absoluta, y los contratos que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación, tal y como lo dispone el Artículo 1301 del Código Civil.

El desarrollo de una determinada actividad puede estar sujeta a una legislación específica, la que limita el contenido del objeto social para el desarrollo de sus actividades, tal y como sucede por ejemplo con los bancos, aseguradoras, reaseguradoras, afianzadoras, reafianzadoras, financieras, almacenes generales de depósito, bolsa de valores, entidades mutualistas y demás análogas, las que se rigen en cuanto a su forma, organización y funcionamiento por sus leyes y disposiciones especiales.

El objeto social que no es otra cosa más que la actividad prevista por el contrato de sociedad, es tan relevante en el régimen societario que para cambiarlo se requiere modificar el contrato constitutivo, previo acuerdo de los socios reunidos en asamblea general de accionistas con las legalidades que exige la ley.

2.3 Características

En cuanto a las características propias de la sociedad anónima explica el autor René Arturo Villegas Lara que la doctrina le asigna las siguientes:

- "a) es una sociedad capitalista;
- b) el capital se divide y representa por títulos valores llamadas acciones;
- c) la responsabilidad el socio es limitada;
- d) hay libertad para transmitir la calidad de socio mediante la transferencia de las

acciones; pero esa libertad se puede limitar contractualmente cuando se trata de títulos nominativos;

e) los órganos de la sociedad funcionan independientemente y cada uno tiene delimitadas sus funciones; y,

f) se gobierna democráticamente, porque la voluntad de la mayoría es la que da fundamento a los acuerdos sociales, sin perjuicio de los derechos de las minorías.”¹¹

Por otra parte, el autor Vladimir Osman Aguilar Guerra también hace referencia a las características que definen la sociedad anónima, quien afirma son las siguientes:

“a) sociedad capitalista,

b) sociedad por acciones,

c) carácter mercantil,

d) se identifica frente a terceros por medio de la denominación social,

e) organización corporativa y

f) responsabilidad limitada.”¹²

Todas las características de la sociedad anónima expuestas por los autores Villegas Lara y Aguilar Guerra resultan sumamente importantes, por las razones que en los siguientes puntos se explican.

¹¹ Ob.Cit., Pág.130

¹² Ob. Cit. Págs. 85-87

2.3.1 Sociedad capitalista

La sociedad anónima como sociedad capitalista tiene su base en la existencia del capital social como cifra fijada en los estatutos que representa la suma del valor de las aportaciones realizadas o comprometidas por los socios. En la legislación vigente el capital social tiene un valor esencialmente formal y debe diferenciarse del patrimonio.

La sociedad anónima es el prototipo de la sociedad capitalista, en las que no interesan tanto las condiciones personales de los socios, sino más bien la participación que cada uno tenga en el capital social, el cual debe integrarse precisamente por las aportaciones de estos, pero no es un número base que vaya a destinarse para la explotación, ni mucho menos una mera cifra contable, sino que sirve como instrumento de organización corporativa y financiera de la sociedad.

Al respecto, el autor Vladimir Osman Aguilar Guerra expone que “básicamente esta sociedad suele definirse como una asociación de capitales, lo que pone de relieve el elemento económico y subalterniza el elemento humano.”¹³

En la sociedad anónima el vínculo societario o relación social se establece por la posesión de acciones, es decir por porciones de capital, lo que a criterio de Aguilar Guerra se comprueba en los siguientes supuestos:

“a) La muerte, incapacidad, concurso o quiebra de sus socios o cualquier otra vicisitud en la vida o capacidad e los mismos, no tiene repercusión alguna en la vida de la sociedad.

¹³ Ob. Cit. Pág.86

- b) La cesión de las acciones se hace sin necesitar el consentimiento de los socios.
- c) La administración puede recaer sobre extraños sin que ello de derecho a los desconformes para separarse de la sociedad.
- d) Las votaciones se establecen sobre la base de un voto por acción, es decir, el voto está en función del capital aportado.”¹⁴

En síntesis, tradicionalmente la sociedad de capital ha sido reconocida como aquella en que el aporte al capital prevalece sobre cualquier consideración respecto del socio, ya sea en su faceta personal o profesional. Esto quiere decir que en las sociedades de capital el ejercicio de los derechos de socio se rige en función a la importancia del aporte en la formación del capital social, siendo irrelevante la situación personal del socio, pues el ingreso, desenvolvimiento y posición del socio queda determinada por el valor de sus aportes al capital, de la misma forma su responsabilidad por las obligaciones asumidas por la sociedad quedan limitada a la pérdida de los referidos aportes, sin alcanzar su patrimonio individual.

2.3.2 Sociedad por acciones

La sociedad anónima también es el prototipo de la sociedad por acciones e incluso en algunas legislaciones se le denomina sociedad por acciones, que es una forma más expresa que sociedad anónima, que tan sólo significa que su denominación social a diferencia de la razón social de las sociedades personalistas, no tiene que incorporar necesariamente el nombre de los socios.

¹⁴ Ob. Cit. Pág.86

Explica el autor Vladimir Osman Aguilar Guerra que “El régimen de la sociedad anónima se apoya en las acciones. Por ello en Alemania al Derecho de Sociedades anónimas se le llamó derecho de acciones y después, con el fin de recoger las funciones desempeñadas por el mismo, también derecho de acciones, de los grupos de sociedades y de la empresa.”¹⁵

Lo esencial en las sociedades por acciones es que el aporte del socio se formaliza en un documento o título valor llamado acción, el que representa y da la calidad de socio.

2.3.3 Carácter mercantil

Cuando las empresas se constituyen legalmente se les conoce como sociedad mercantil, personas jurídicas o morales, pues para que una sociedad puede constituirse como tal, es necesario que tenga personalidad jurídica. Esto significa que la sociedad es una entidad de derecho, es un ser ficticio que puede adquirir derechos y obligaciones, al igual que una persona natural, es susceptible de ser representada y de actuar por sí en la vida de los negocios.

La sociedad anónima se caracteriza por su carácter mercantil, porque está organizada bajo una de las formas reconocidas por el Código de Comercio en su Artículo 10 y se inscribe en el Registro Mercantil. Además, se organiza para ejercer una actividad económica y dividirse las ganancias entre los socios que la integran; y también cumple con características generales de las sociedades mercantiles, tales como: capacidad jurídica, patrimonio propio, nombre, domicilio y nacionalidad.

¹⁵ Ob. Cit. Pag. 87



La capacidad jurídica de la sociedad mercantil es la aptitud que al ser legalmente inscrita en el registro mercantil general de la república adquiere para ser titular de derechos y obligaciones, aunque en materia mercantil la capacidad está limitada o condicionada por el fin de la sociedad, lo que significa que sólo puede tener derechos y obligaciones que estén contenidas dentro de su objeto social.

Se caracteriza también porque al ser titular de bienes, derechos y obligaciones cuenta con un patrimonio del cual es titular.

La sociedad mercantil también se caracteriza por contar con un nombre, que en derecho mercantil se le llama denominación o razón social y se define como el conjunto de caracteres que identifican a una individualidad, distinguiéndola de los demás.

Otra característica es el domicilio, que es el lugar donde se encontrará la principal sede de negocios de una sociedad mercantil. En materia de sociedades mercantiles el domicilio por práctica común se determina en una ciudad, sin especificar número, calle o colonia.

Es necesario comentar que una persona moral o sociedad mercantil puede tener uno o demás domicilios siempre y cuando esto quede plasmado en la escritura constitutiva, pudiendo señalar un domicilio principal y varios accesorios. Al domicilio principal se le conoce como sede social o casa matriz y a los accesorios como sucursales, y para efectos legales puede utilizar uno u otro indistintamente.

Por último, la sociedad mercantil se caracteriza porque debe contar con una nacionalidad, la que será guatemalteca cuando la misma se conforme de acuerdo a las

leyes de este país y que establezcan su domicilio en el mismo, pues en caso contrario se consideraría extranjera.

2.3.4 Identificación frente a terceros

La sociedad anónima actúa en el mundo de las relaciones jurídicas con un nombre social formado objetivamente, que puede hacer referencia a la actividad principal de la sociedad, aunque en la práctica no se cumple esta situación en la mayoría de casos.

La denominación social posee una extraordinaria importancia y se debe a que mediante esta la sociedad anónima logra ser individualizada en el mercado. Tal es su importancia también que el legislador mercantil estableció la obligatoriedad de que conste ese dato en la escritura social, requisito sin el cual definitivamente no podría ser inscrita en el Registro Mercantil general de la república y como consecuencia, tampoco podría nacer a la vida jurídica. En este sentido, el Artículo 26 del Código de Comercio regula que “La inscripción de una sociedad en el registro mercantil, le otorga el derecho al uso exclusivo de su razón social o denominación, la que deberá ser claramente distinguible de cualquier otra y no podrá ser adoptada por sociedad del mismo o semejante objeto, mientras subsista inscrita la primera.”

La sociedad anónima funciona bajo una denominación que sirve, como ya se explicó, para identificarla y diferenciarla en todas las relaciones jurídicas que vayan generándose durante el desarrollo de su actividad y al respecto, el Artículo 87 del Código de Comercio dispone que “La sociedad anónima se identifica con una denominación la que podrá formarse libremente, con el agregado obligatorio de la leyenda: sociedad anónima, que podrá abreviarse S.A. La denominación podrá

contener el nombre de un socio fundador o los apellidos de dos o más de ellos, pero en este caso, deberá igualmente incluirse la designación del objeto principal de la sociedad.”

La elección de la denominación de una sociedad anónima corresponde a los socios fundadores de la misma y debe ajustarse a las reglas formuladas por el Código de Comercio.

El autor Vladimir Osman Aguilar Guerra explica que “no hay inconvenientes en atribuir a la denominación social varias funciones importantes, las cuales están íntimamente conectadas entre sí. Estas funciones pueden resumirse en las siguientes:

- a) La denominación social cumple una función identificadora de la sociedad. Ciertamente, una de las consecuencias de la atribución de personalidad jurídica a la sociedad es la de que ésta posee un nombre propio, que va a identificarla en el tráfico empresarial. De este modo, la denominación social es el dato fundamental mediante el cual es posible identificar a una determinada sociedad, distinguiéndola de las demás sociedades existentes.
- b) La denominación social sirve de instrumento para dar a conocer al público la responsabilidad de los socios que componen la sociedad. Esta función informativa cumple en la sociedad anónima una función que ha de entenderse en el sentido de que la denominación social pone en conocimiento de los terceros el tipo de sociedad con el que se relacionan. A la vista de este tipo social, los terceros están en condiciones de saber que se hallan ante una sociedad en la cual los socios, una vez hecha la aportación prometida, no responden de las deudas

sociales.

- c) Puede afirmarse que, en términos generales, la denominación social constituye, el nombre bajo el que las sociedades entablan las relaciones jurídico-negociables. La sociedad anónima, en su actuación en el tráfico, únicamente puede adquirir derechos y contraer obligaciones bajo su denominación social. Bajo esta denominación social ejecutarán actos y celebrarán contratos en nombre y por cuenta de la sociedad, y los actos y contratos realizados en estas condiciones obligarán a la sociedad.
- d) Por último, puede predicarse de la denominación social una función condensadora del prestigio comercial obtenido por la sociedad titular de la misma. El comerciante social, a fin de asentarse en el mercado, y obtener el reconocimiento del público, se sirve de distintos instrumentos de diferenciación o identificación. Entre éstos, juegan un papel decisivo los signos distintivos (marca, nombre comercial y rótulo de establecimiento), la publicidad comercial y naturalmente, la denominación social.”¹⁶

Por otra parte, la formación de la denominación social debe sujetarse a varios requisitos, los que en forma resumida según el autor Aguilar Guerra son los siguientes: “requisito de veracidad, requisito de novedad o disponibilidad, requisito de capacidad distintiva o idoneidad, requisito de unidad y requisito de licitud.”¹⁷ Dichos requisitos se explican a continuación.

¹⁶ Ob. Cit. Págs., 91 y 92

¹⁷ Ob. Cit. Págs.93 y 94

El requisito de veracidad consiste en que la denominación social debe formarse observando el requisito de veracidad. La observancia de este requisito hace posible que la denominación social desempeñe aquella función que le corresponde identificación de la sociedad. La dimensión negativa del requisito de veracidad consiste en que la denominación social no debe estar integrado por términos o expresiones que induzcan a error al público sobre las características de la sociedad identificada, como son, principalmente, el objeto y la estructura social. En otras palabras, la vertiente negativa de la veracidad actúa como una prohibición de adoptar denominaciones sociales que puedan determinar un eventual engaño en aras de la individualización de la sociedad de que se trate.

El requisito de novedad o disponibilidad es otro de los requisitos cuya observancia se exige para que una denominación social pueda ser válidamente inscrita en el registro mercantil general de la república. Este requisito significa que la denominación social para poder inscribirse en dicha institución no puede ser idéntica a las denominaciones sociales preexistentes y para verificar este extremo es necesario solicitar el registro mercantil una búsqueda retrospectiva de denominaciones y así constatar que no existe una denominación idéntica o similar a la que se desea inscribir.

El autor Vincent Chulía denomina a este principio como “de disponibilidad jurídica sobre la denominación empleada”¹⁸, el que calificará el registrador mercantil quien denegará la inscripción si la denominación es idéntica o si la denominación se compone de términos exclusivamente genéricos.

¹⁸ Vincent Chulía, **Introducción al Derecho Mercantil**, Valencia, 1999, pág. 242

Otro de los requisitos es el de capacidad distintiva o idoneidad, el que se refiere a que la denominación social debe poseer capacidad distintiva o idoneidad que no es más que la aptitud abstracta para convertirse en denominación social, la que está dotada de aptitud abstracta para conformarse como tal y figurar en la escritura social, siempre que esté integrada por signos o expresiones que tengan posibilidades denominativas, que se puedan escribir, es decir que se pueda consignar en los documentos pertinentes.

El requisito de unidad se refiere a que cada sociedad sólo puede disponer de una denominación, excluyéndose por lo tanto la utilización simultánea por parte de una misma sociedad, de dos o más nombres sociales, lo que significa que la sociedad debe fijar en la escritura su denominación social determinada, la que si posteriormente decide utilizar otra denominación debe proceder a modificar la escritura constitutiva, conforme al procedimiento señalado en el Código de Comercio.

Por último, el requisito de licitud se refiere a que la denominación no debe ser contraria a la ley, en especial no debe emplear expresiones contrarias al orden público o buenas costumbres o reservadas a otras entidades, tales como bancos, aseguradoras, financieras, etc.

2.3.5 Organización corporativa

Para el funcionamiento de la sociedad anónima es necesario contar con una organización o estructura corporativa, en el sentido de que la titularidad y ejercicio de las funciones de administración se desvinculen de la condición de socio y se instituyan órganos con competencias legales delimitadas en el ordenamiento jurídico guatemalteco, tales como la asamblea general de accionistas, el consejo de

administración y el órgano fiscalizador.

De tal cuenta que la sociedad anónima como persona jurídica, organización abstracta o inanimada, necesita actuar o expresar su voluntad negocial o no a través de personas físicas. En primer lugar, a través de sus propios socios, quienes deben reunirse y actuar en forma de asamblea general de accionistas y en segundo lugar, a través de personas que pueden ser socios o no, a quienes la sociedad nombra y contrata como administradores.

La sociedad anónima como entidad jurídica dotada de personalidad necesita valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa. Los órganos sociales encarnan en personas físicas o en pluralidades de personas investidas por la ley de la función de manifestar la voluntad del ente o de ejecutar y cumplir esa voluntad, desarrollando las actividades jurídicas necesarias para la consecución de los fines sociales. Para el efecto, el Código de Comercio regula separadamente tres órganos diferentes:

- a) asamblea general de accionistas, que es el órgano deliberante que reúne a los socios y que expresa con sus acuerdos la voluntad social;
- b) los administradores, órgano ejecutivo encargado de la gestión permanente de la sociedad y de representar a la misma en sus relaciones con terceros; y
- c) el órgano de fiscalización.

a) asamblea general de accionistas es definida por la doctrina como “la reunión de accionistas, debidamente convocados para deliberar y decidir por mayoría sobre

asuntos sociales propios de su competencia.”¹⁹ En ese sentido se puede afirmar que es un órgano social que generalmente consiste en la reunión física de los socios, válidamente constituida, generalmente convocada según las normas legales y estatutarias, para debatir y tomar acuerdos por mayoría sobre asuntos sociales propios de su competencia. Así lo concibe el autor Rodríguez y Rodríguez cuando expone que “la asamblea general es la reunión de accionistas legalmente convocada y reunida para expresar la voluntad social en asuntos de su competencia.”²⁰

La asamblea de accionistas es entonces el órgano de formación y expresión de la voluntad social, el órgano mayor y soberano, encarnador del poder supremo, cuyas decisiones obligan a los administradores y a todos los accionistas, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la asamblea, según lo dispuesto en el Artículo 132 del Código de Comercio. La voluntad social se manifiesta a través de los acuerdos o decisiones adoptadas por la asamblea, en los que se produce una fusión de las voluntades individuales de los socios.

De la definición anteriormente citada resulta:

- a) que la asamblea es ante todo reunión de accionistas, de ahí que tradicionalmente se haya venido afirmando por la doctrina que para hablar de Asamblea General es indispensable la reunión de al menos dos socios en el lugar de su celebración;
- b) que es una reunión convocada y no espontánea; para que pueda celebrarse la asamblea general es necesario que la reunión responda a una convocatoria previa, que

¹⁹ Uría, Rodrigo, Aurelio Menéndez y Javier García de Enterría, **Curso de derecho mercantil**, Madrid, 1999, pág. 869

²⁰ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, **Derecho Mercantil**, México, 1969, pág. 129



además ha de efectuarse de acuerdo con el procedimiento legal;

c) que la reunión tiene por finalidad deliberar y decidir; deliberación implica discusión, debate o cambio de pareceres acerca de los asuntos que han de ser decididos y decisión implica tomar acuerdo sobre el asunto debatido;

d) que las decisiones se toman por mayoría de votos; la asamblea funciona bajo el principio democrático de la mayoría;

e) que los acuerdos habrán de recaer sobre asuntos determinados previamente; es decir, sobre asuntos que han de figurar en el orden del día;

f) que los asunto sabrán de ser de naturaleza social, o sea relativos a la sociedad, y

g) que, por último, estos asuntos habrán de estar comprendidos en la órbita de la propia competencia de la asamblea.

La asamblea general es un órgano necesario, que no puede faltar en ninguna sociedad anónima ni ser sustituido por otro en sus funciones; y no es un órgano permanente, porque los accionistas sólo esporádicamente se reúnen en asamblea.

La asamblea general de accionistas, siendo órgano soberano, no está dotado, sin embargo, de poderes omnímodos que le permitan decidir válidamente en toda clase de asuntos y cuestiones. La soberanía de la asamblea está delimitada por la órbita de su propia competencia.

La primera limitación al poder de la asamblea dimana de la existencia necesaria del órgano de administración, al que la ley encarga la función de administrar y representar

a la sociedad en todos los actos comprendidos en el objeto social, tal y como lo regulan los Artículos 162 y 164 del Código de Comercio. La atribución legal de la representación de la sociedad a los administradores deja reducida la actividad de la asamblea a la esfera social puramente interna. Aún dentro de esta esfera interna, la asamblea general carece de aptitud para administrar directamente los intereses sociales: aunque los administradores estén subordinados a la asamblea general y sean designados por ésta, el órgano deliberante no les puede privar de las facultades y funciones que la ley o la escritura constitutiva les atribuyan.

No es frecuente, que la asamblea imparta instrucciones a los administradores sobre materias determinadas o que la escritura constitutiva incida sobre la distribución de competencias entre los distintos órganos, al objeto por ejemplo de potenciar la participación de la asamblea en asuntos relacionados con la administración, por ejemplo, exigiendo autorización de la asamblea para determinadas decisiones de gestión de especial relevancia.

Otro límite a la competencia de la asamblea está determinado por el respeto necesario a la escritura social. La asamblea puede modificar la escritura social pero, mientras no lo haga, no puede tomar decisiones que atenten contra ellos; si lo hiciera, esas decisiones serían impugnables.

La soberanía de la asamblea se detiene también frente a los derechos de los socios y a la necesidad de un tratamiento igualitario dentro del cuerpo accionarial. La asamblea debe respetar los derechos individuales de los socios, que por su carácter sustancial operan como límites objetivos al poder de la mayoría. Por ejemplo la asamblea no

podría privar a un socio de su derecho de voto o de participación en las ganancias sin causa legal. Al mismo tiempo, tampoco puede crear desigualdades entre unos y otros accionistas, pues si lo hiciera desaparecería aquella garantía que justifica precisamente el derecho de la mayoría: la garantía de que ésta no puede tomar ninguna decisión sin sufrirla ella misma, sin perjuicio de la posibilidad de crear acciones preferentes o privilegiadas.

El Artículo 133 del Código de Comercio dispone que las asambleas generales de accionistas pueden ser ordinarias o extraordinarias. La asamblea ordinaria es la que por ministerio de ley, debe reunirse todos los años dentro de los cuatro meses que sigan al cierre del ejercicio social para proveer a la marcha normal de la sociedad, y en concreto, para censurar la gestión social, aprobar en su cuenta, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Se trata de una asamblea que se define tanto por su carácter periódico y por las fechas en que ha de reunirse, pues tiene que celebrarse por mandato legal dentro de los primeros cuatro meses de cada ejercicio, como por contenido mínimo y necesario, ya que debe decidir al menos sobre las materias especificadas en el Artículo 134 del Código de Comercio.

Cualquier otra asamblea diferente que pueda celebrar la sociedad merece la consideración legal de asamblea general extraordinaria, la que puede ser convocada por los administradores siempre que lo estimen conveniente para los intereses sociales. Este tipo de asambleas son de celebración discrecional y no periódica, ya que los administradores pueden convocar libremente cuando quieran o necesiten recabar el acuerdo o la opinión de los accionistas para cualquier asunto.

El Artículo 135 del Código de Comercio delimita la competencia de las asambleas extraordinarias, de la siguiente manera: “son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos: 1º. Toda modificación de la escritura social, incluyendo el aumento o reducción de capital o prórroga del plazo, 2º. Creación de acciones de voto limitado o preferente y la emisión de obligaciones o bonos cuando no esté previsto en la escritura social; 3º. La adquisición de acciones de la misma sociedad y la disposición de ellas; 4º. Aumentar o disminuir el valor nominal de las acciones; 5º. Los demás que exijan la ley o la escritura social; 6º. Cualquier otro asunto para el que sea convocada, aún cuando sea competencia de las asambleas ordinarias. Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.”

b) el órgano de administración y su representación. Para la vida de relación interna y externa de la sociedad anónima, necesita valerse de un órgano ejecutivo y representativo a la vez que lleve a cabo la gestión cotidiana de la sociedad y la represente en sus relaciones jurídicas con terceros.

El órgano de administración es definido por Brunetti como “el órgano colegiado, necesario y permanente, cuyos miembros socios o no, son periódicamente nombrados por la asamblea ordinaria de la sociedad y cuya función es realizar todos los actos de administración ordinaria y extraordinaria, representando a la sociedad ante terceros y asumiendo responsabilidad solidaria e ilimitada por las infracciones a los deberes que les impone la ley y el acto constitutivo.”²¹ Dicho órgano es necesario para constituir la sociedad, así como para su funcionamiento, de tal cuenta que en la escritura constitutiva no puede dejar de mencionarse la estructura y demás aspectos necesarios

²¹ Brunetti, **Tratado del Derecho de Sociedades**, Argentina, 1960, pág. 454

para el funcionamiento del órgano de administración. También puede afirmarse que es un órgano permanente, porque despliega una actividad gestora dirigida a la consecución de los fines de la sociedad.

A consideración personal, el órgano administrativo desempeña la más importante función en el seno de la sociedad al ejecutar los acuerdos de la asamblea general de accionistas y adoptar diariamente otras muchas decisiones en la esfera de su propia competencia. Puede decirse que toda la vida de la sociedad fluye a través de este órgano y su función sea o no lo acertada influye en el fracaso o éxito de la sociedad.

La estructura del órgano de administración constituye una de las menciones más importantes de la escritura social, ya que la ley con el fin de permitir que cada sociedad pueda organizar su administración de la forma que considere más conveniente a sus intereses, no impone una estructura rígida y predeterminada al órgano administrativo y faculta a que en la escritura social se pueda optar cualquiera de las dos formas de organización legamente permitidas, que son: administrador único o consejo de administración. El cargo de administrador único recae en una sola persona y es utilizado en pequeñas sociedades, mientras que la figura de consejo de administración se caracteriza por su naturaleza de órgano colegiado en el que las decisiones son tomadas por la mayoría. La ley dedica especial atención a la regulación del consejo de administración, de tal cuenta que el Artículo 162 del Código de Comercio dispone: "Un administrador único o varios administradores, actuando conjuntamente constituidos en consejo de administración, serán el órgano de la administración de la sociedad y tendrán a su cargo la dirección de los negocios de la misma. Si la escritura social no indica un número fijo de administradores, corresponderá a la asamblea general

determinarlo, al hacer cada elección. Los administradores pueden ser o no socios; serán electos por la asamblea general y su nombramiento no podrá hacerse por un período mayor de tres años, aunque su reelección es permitida. Los administradores continuarán en el desempeño de sus funciones aun cuando hubiere concluido el plazo para el que fueron designados mientras sus sucesores no tomen posesión. El nombramiento de administrador es revocable por la asamblea general en cualquier tiempo.”²²

c) el órgano de fiscalización tiene por objetivo controlar la función administrativa de la sociedad, es el órgano encargado de vigilar permanentemente la gestión social. No obstante que la asamblea de accionistas constituye el órgano supremo de la sociedad, no le es posible ejercer ese control de manera permanente, ya que su funcionamiento es temporal y no tiene el acceso inmediato a los problemas que representen una administración anómala. Por dicha razón se ha establecido el órgano de fiscalización, por medio del cual se pretende garantizar y ofrecer seguridad en el buen manejo de la gestión de la sociedad.

El órgano de fiscalización está regulado en los Artículos 184 a 194 del Código de Comercio y en forma sucinta puede manifestarse en tres formas: a) Fiscalización ejercida por los mismos socios; b) Fiscalización por medio de uno o varios contadores públicos o auditores, y c) Por medio de uno o varios comisarios, que son personas que tienen el poder de otro para ejecutar alguna orden o entender algún negocio, cuya función es específica, a quien no se le exige ninguna calidad profesional.

²² Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-70, **Código de Comercio**. Artículo 162



CAPÍTULO III

3. Responsabilidad limitada en la sociedad anónima

La sociedad anónima se caracteriza por ser una sociedad con personalidad jurídica plena de cuyas deudas no son responsables personalmente los accionistas, ya que desde el momento en que la sociedad se inscribe en el Registro Mercantil General de la República, adquiere el carácter constitutivo con personalidad jurídica y plena autonomía patrimonial y no responsabilidad personal de los socios pro las deudas sociales.

El socio se obliga a aportar a la sociedad el importe de las acciones que haya suscrito, respondiendo frente a ella del incumplimiento de esa obligación, pero sin responsabilidad personal alguna por las deudas sociales, por lo que los acreedores sociales no pueden, en ningún caso, dirigir sus acciones contra los socios para la satisfacción de sus créditos.

La responsabilidad limitada salvaguarda el resto del patrimonio del accionista del riesgo empresarial o de la diversidad de riesgos a que se pueda enfrentar la sociedad anónima constituida. De ahí que el socio no adquiere ninguna suerte de responsabilidad subsidiaria por las operaciones sociales y su responsabilidad patrimonial comprometida está vinculada directamente a la porción del capital que adquiere de la sociedad, por lo que sus obligaciones sociales se limitan exclusivamente al aporte del capital aportado.

3.1 Socios accionistas

La legislación guatemalteca exige pluralidad de personas para formar una sociedad, admitiendo como mínimo dos personas para que haya sociedad, pues la sociedad supone un acuerdo en que dos o más personas resuelven obligarse a aportar bienes para realizar una explotación comercial, asumiendo los riesgos de la misma. Esas personas se llaman socios o accionistas si se trata de una sociedad anónima, constituyendo estos el elemento personal de la sociedad. Los socios pueden ser personas individuales o jurídicas y el monto de sus aportaciones se representan por títulos de acciones.

Al celebrar contrato de sociedad los contratantes adquieren la calidad de socios en forma originaria, aunque puede suceder que en el transcurso de la vida social, se incorporen al negocio contractual otras personas que también adquirirán la calidad de socio, en forma derivada por cesión de partes o cuotas sociales o por adquisición de acciones, o bien por incorporación de nuevos socios cuando se amplía el capital social o se fusionan sociedades.

En las sociedades anónimas pueden existir socios capitalistas y socios industriales. El socio capitalista según Guillermo Cabanellas es “el que formando parte de una sociedad aporta a la misma bienes, para conseguir ganancias o responder de las posibles pérdidas. Se contrapone a socio industrial.”²³ Mientras que el socio industrial lo define el mismo autor, como “el que aporta a una sociedad, sea civil o mercantil, sus conocimientos especiales o sus servicios, pero no capital, a fin de participar en las

²³ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo IV, Argentina, 1977, pág. 119

ganancias que puedan obtenerse. Cabe aclarar que el Código de Comercio guatemalteco admite como aportaciones los bienes muebles o inmuebles, las patentes de invención, los estudios de prefactibilidad y factibilidad, los costos de preparación para la creación de empresa, así como la estimación de la promoción de la misma, siempre que fueren expresamente aceptados en su justipreciación, conforme lo establece el Artículo 27 del Código en mención.

El contrato de sociedad como ya se indicó con anterioridad, puede celebrarse con dos socios como mínimo, pero pueden intervenir más, razón por la que la doctrina categoriza como contrato plurilateral. Es importante hacer notar que el número mínimo de socios debe existir no sólo en el acto de la constitución sino también, a lo largo de la vida social.

3.2 La condición de socio accionista y la titularidad de la acción

Explica el autor Vladimir Osman Aguilar Guerra que “en las primeras sociedades anónimas, a mediados y finales del siglo XVII, se acostumbraba a extender a los socios una especie de recibos en los que constaba la aportación que habían realizado según referencias de los libros sociales.

Sin embargo, paulatinamente estos recibos, por influencia de la costumbre y de las conveniencias mercantiles, fueron adquiriendo independencia y valor propio hasta llegar a ser los documentos indispensables para comprobar la calidad de socios y necesarios para el ejercicio de cualquier de los derechos que resultan de la misma.

La aparición del endoso y su aplicación a dichos recibos fue un factor decisivo en esa

evolución, que culminó, a través de los endosos en blanco, en la aparición de las acciones al portador.”²⁴

El Código de Comercio guatemalteco concibe a la acción como una cosa mercantil, término sustitutivo de los bienes muebles del derecho civil. La condición de socio accionista va unida a la titularidad de la acción y la cualidad de socio en la sociedad anónima es de carácter fungible, pudiendo ser sustituidos unos socios por otros con la simple transmisión de las acciones. Es decir que las acciones son expresión de esa condición jurídica o status de socio y atribuyen por ello los derechos conocidos tanto la ley, como en la escritura constitutiva.

La acción no es sólo la participación que recibe el socio en la sociedad anónima a cambio de su aportación, sino que también representa el conjunto de derechos que corresponden al socio por su calidad, por lo que la influencia de cada socio en la sociedad se mide por las acciones que posea. Al respecto el autor Joaquín Rodríguez Rodríguez explica que “la acción es un título-valor que representa un parte del capital social que incorpora los derechos y obligaciones de los socios, relacionados con su participación en la vida social.”²⁵

Por otra parte, en relación a la titularidad de la acción, el Código de Comercio guatemalteco permite que las sociedades puedan emitir distintas clases de acciones, constituyendo una misma categoría aquellas que tengan el mismo contenido de derechos. De tal cuenta existen acciones ordinarias o comunes y de acciones privilegiadas o preferentes. Las primeras son aquellas que atribuyen a sus titulares el

²⁴ **Ob. Cit.** Pág.133

²⁵ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, **Derecho Mercantil**, Tomo I, México, 1969, pág. 85

régimen normal de derechos y obligaciones integrantes de la condición de socio. Las segundas conceden particulares ventajas o privilegios en relación a los derechos de las acciones ordinarias.

Así mismo, el Código de Comercio también regula que las acciones pueden ser emitidas en forma nominativa o al portador, a elección de los accionistas y si la escritura no establece lo contrario, pero por disposición de la ley de extinción de dominio, las sociedades anónimas únicamente podrán emitir acciones nominativas y para el caso de las sociedades que posean acciones al portador por haber sido constituidas antes de entrar en vigencia la ley de extinción de dominio, deberán efectuar la respectiva conversión por acciones nominativas, dentro del plazo de dos años contados a partir de la vigencia de la ley de extinción de dominio.

Las acciones nominativas son aquellas en las que consta el nombre del socio y para transmitirse deben de endosarse y cambiar el nombre del titular en los registros que lleva la sociedad.

3.3 Derechos integrantes de la condición de socio accionista

Las aportaciones de los socios representadas en títulos de acciones confieren a su titular legítima la condición de socio y le atribuye los derechos reconocidos en la ley en la escritura constitutiva. Esos derechos adquiridos pueden agruparse, según el autor Vicent Chuliá, en dos categorías:

“a) Los derechos de naturaleza económico-patrimonial (el de participar en las ganancias sociales, el de participar en el patrimonio resultante de la liquidación y el de

suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones y obligaciones convertibles); y

b) Los derechos de carácter esencialmente político y funcional (el de asistir y votar en las Asambleas, el de impugnar los acuerdos sociales y el de información).

c) El derecho mixto, (el de suscripción preferente de nuevas acciones o de obligaciones convertibles).²⁶

Como puede observarse, por un lado se trata de derechos mínimos, puesto que distintos preceptos de la ley reconocen otros derechos sustanciales que también integran el contenido jurídico-económico de las acciones, como el de negociar o transmitir las acciones, el derecho de separación de la sociedad, el de asignación gratuita de acciones en caso de aumento de capital con cargo de reservas, y por otro lado, los derechos enumerados tampoco son absolutos, ya que su alcance y condiciones de ejercicio han de determinarse en todo caso de acuerdo con lo previsto en la escritura social.

3.4 Obligaciones de los socios accionistas

Los socios accionistas fundadores junto con los administradores de la sociedad, tienen como obligación fundamental la de presentar el testimonio de la escritura de constitución para su inscripción en el registro mercantil general de la república dentro del plazo del mes siguiente a la fecha de la escritura, en cumplimiento de lo que

²⁶ Chulía, Vicent. **Introducción al Derecho Mercantil**, Valencia, 1999, pág. 261

establece el Artículo 17 del Código de Comercio, respondiendo solidariamente de los daños y perjuicios que causaren por el incumplimiento de esta obligación.

Desde el momento en que se vincula el nacimiento de la sociedad anónima con personalidad jurídica al lado de la inscripción, la omisión de esta puede comportar consecuencias jurídicas sumamente lesivas básicamente para los socios, que no podrían beneficiarse de la limitación de responsabilidad.

Además de la obligación de inscripción de la sociedad en el registro mercantil general de la república y al objeto de asegurar que la creación de la sociedad anónima se realice regularmente, la ley establece con carácter general que los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales, de la valoración de las no dinerarias, de la adecuada inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución.

Con todo lo antes expuesto, se presume que lo que persigue la ley es reforzar el cumplimiento de los requisitos legales en relación a las aportaciones los gastos y la escritura de constitución haciendo responsables a los fundadores de las irregularidades o incorrecciones que a este respecto pudiesen cometerse durante el proceso constitutivo.

3.5 Obligaciones de hacer o dar el aporte

Cada socio tiene la obligación de aportar a la sociedad el trabajo el capital a que se haya obligado en la escritura social. Se puede decir que es la obligación medular del

socio, tal y como lo estipula el Artículo 29 del Código de Comercio, que puede concretarse en dar su fuerza de trabajo en provecho de la sociedad o bien en la entrega de bienes de capital.

La naturaleza del aporte determina la calidad del socio, ya que el que aporta trabajo es socio industrial y el que aporta capital, es el socio capitalista.

La obligación del socio industrial es una obligación de hacer, mientras que la obligación del socio capitalista es una obligación de dar. Por lo antes expuesto, el incumplimiento de las obligaciones puede aparejar una acción ejecutiva para entrega del bien, en el caso del socio capitalista; o la de daños y perjuicios para ambos tipos de socios que hayan incurrido en mora.

Es importante mencionar que un socio puede tener la calidad de socio industrial y socio capitalista a la vez, con todos sus derechos y obligaciones provenientes de cada legitimación, pues así lo regula el Artículo 33 del Código de Comercio.

3.6 Obligación de saneamiento

Según explica Cabanellas de Torres, saneamiento es "Fianza o aseguramiento de reparar un posible daño. Reparación del mal padecido. Obras que procuran a un edificio o terreno las condiciones deseables frente a la humedad y filtraciones inconvenientes de aguas, mejoras útiles siempre en el campo y necesarias en lo urbano. En la compraventa, obligación que pesa sobre el vendedor, convertido por ley en garante del daño que al comprador pueda sobrevenir por efecto de la cosa

enajenada, ya que por vicio de la misma o por ser turbado en su posesión por causa anterior a la compraventa.²⁷

La obligación de saneamiento en la sociedad, es exclusiva del socio capitalista quien está comprometido a garantizar a la sociedad el dominio útil de los bienes aportados y que ninguna persona perturbe la posesión, uso y disfrute de los mismos.

Debe entenderse que esta obligación se refiere a los aportes de capital no dinerarios, los cuales deben reunir las calidades previstas y sin vicios ocultos que los hagan inservibles, conforme lo establece el Artículo 27 del Código de Comercio.

3.7 Obligaciones de no hacer

El Código de Comercio regula también las obligaciones de no hacer, que significa abstenerse de observar una conducta. Estas obligaciones se encuentran contenidas en el Artículo 39 del Código en mención, las que son calificadas como prohibiciones y son las siguientes:

1º. Usar el patrimonio, la razón social o la denominación para negocios ajenos a la sociedad;

2º. Para el socio industrial debe abstenerse de ejercer la industria que aporta a la sociedad, salvo en beneficio de ésta, y no podrá dedicarse a negociaciones que le distraigan de sus obligaciones sociales, salvo con el consentimiento de los demás socios o pacto expreso en contrario;

²⁷ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág.360



3º. Les es prohibido al socio integrar empresas análogas competitivas, o emprenderlas por su cuenta o por cuenta de terceros, si no es con el consentimiento unánime de los demás socios, aunque esta prohibición no es aplicable al socio de sociedades pro acciones; y

4º. Salvo en las sociedades accionadas, el socio tiene prohibido ceder o gravar su aporte de capital sin el previo consentimiento de los consocios.

La violación de las obligaciones anteriormente citadas, faculta la exclusión del socio infractor, de conformidad con el Artículo 40 del Código de Comercio.



CAPITULO IV

4. Necesidad de regular la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las Sociedades Anónimas que se dedican a la subcontratación laboral para responder por obligaciones laborales

4.1 Sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación de personal

A través del tiempo el ser humano ha ido innovando las maneras, sistemas y metodologías para ejercer y desarrollar un determinado trabajo y definitivamente las ideas y prácticas del pasado no son las mismas que las actuales.

Muchas cosas han cambiado en el área laboral y actualmente se requiere de mayor ingenio y formas efectivas de brindar oportunidades laborales a las personas; es por ello que términos como la subcontratación conocida por el vocablo inglés como outsourcing, salen a relucir en vísperas de las decisiones administrativas tomadas en las empresas a nivel mundial. Se vive una era cada día más modernizada en donde las prácticas sociales, laborales, económicas y culturales se van viendo influenciadas por un contexto de globalización.

La subcontratación ya es bastante conocida no sólo en Guatemala, sino en muchísimos países en todo el mundo, pues ha producido resultados positivos en el desarrollo de su modalidad en las empresas.

La subcontratación en términos sencillos, consiste básicamente en un proceso de delegación a personal externo que una empresa determinada lleva a cabo para solventar necesidades de carácter especializado en un área específica. En otras palabras, la subcontratación tiene que ver con transferir el control y las

responsabilidades de un área de la empresa a personal u empresas externas que sepan manejar temáticas especializadas vinculadas con la razón de ser empresarial y del área asignada.

El proceso de subcontratación laboral se realiza por medio de un contrato firmado a corto o largo plazo, en el cual la empresa contratante delimita exactamente la labor que desea que el o los subcontratados realicen dentro del funcionamiento institucional. Con este ejercicio se desean resultados casi inmediatos porque son necesarios; pues por ello se escogen personas capacitadas y especializadas en los temas de interés, con el fin de agilizar y garantizar el éxito de la gestión desempeñada.

La principal causa de la subcontratación es precisamente el interés de los empresarios en seguir concentrando su atención en el eje principal de producción de su respectiva institución, por tal motivo no poseen el tiempo adecuado para atender áreas secundarias de la empresa, pero siempre importantes para su manejo. Al mismo tiempo, puede ser que desconozcan cómo debe operarse en ciertos aspectos y/o carecen del personal requerido para hacerlo; en tal caso, resulta extravagante crear un departamento más en la empresa para solventar la necesidad. De esa forma es como deciden contratar a gente que domine mejor el área, delegándole el poder y confiándole parte el negocio, con el fin de agilizarla, mejorar su calidad y minimizar costos. El prestador pasa a ser parte de la empresa, pero por un período determinado, por lo que en ese sentido, la subcontratación representa una solución óptima.

Las mayores ventajas de las empresas con la subcontratación tienen que ver con el ahorro de recursos económicos, espaciales, leales y otros; además, hay garantía de

tener laborando a un personal eficiente, experto e interesado en atender el área delegada en el tiempo más prudente posible. Con la subcontratación las instituciones ahorran mucho más dinero que contratando personal formal en la empresa, al cual debe asignársele un sueldo fijo cada mes, brindar un espacio adecuado de trabajo permanentemente, prestar seguros sociales, formar y capacitar constantemente, entre otros.

En Guatemala existen muchas empresas con carácter de subcontratación que han nacido con el objetivo de brindar servicios de subcontratación a otras empresas industriales, interesadas en manejar sus áreas con especialistas en la materia.

Una de las principales empresas de subcontratación es Outsource, S.A. de C.V. En su página de internet o en algunas bolsas de trabajos como Tecoloco.com que publica ofertas de empleo de tipo subcontratación en cargos de recursos humanos, administración de planillas, contabilidad, publicidad, consultorías del área de comunicaciones, diagnósticos sobre el funcionamiento empresarial, técnicos en el área de computación y tecnologías de la comunicación, programadores, arquitectos, asesor de ventas, entre muchos más. De la misma manera surgió PersoTemp, empresa que ofrece a las instituciones interesadas esas mismas disposiciones de subcontratación personal.

Por el lado de los usuarios de empleados temporales, en vista que se ha convertido en una práctica tan común en el país, podría incluirse cualquier empresa guatemalteca de índole industrial, básicamente. Todo radica en que la institución se vea bajo la

necesidad de adquirir servicios especializados de personal externo en un momento dado.

Según Bronstein existen factores determinantes y factores coadyuvantes que han permitido que cada día se recurra más a la subcontratación laboral, quien los explica de la siguiente manera:

I. Factores determinantes:

- El entorno económico se ha vuelto mucho más competitivo y las empresas se han visto obligadas a racionalizar su organización productiva.
- Para las empresas ha sido más fácil reducir el costo laboral que otros costos.

II. Factores coadyuvantes:

- El desempleo ha aumentado, por lo que se dispone de una gran reserva de trabajadores disponibles a trabajar bajo condiciones que no hubiesen aceptado en un mercado de trabajo con escasez de mano de obra.
- Los sindicatos han perdido poder, y por ende capacidad de movilización para resistir a los cambios impuestos por la nueva estrategia empresarial.
- La flexibilización de la legislación laboral ha permitido y facilitado el recurso a la subcontratación.

- Las políticas de ajuste impulsadas por los ideólogos neoliberales han visto con buenos ojos una gran mayoría de prácticas flexibilizadoras, incluyendo la subcontratación laboral, y a menudo las han fomentado.²⁸

La subcontratación laboral lleva consigo ventajas y desventajas. Las ventajas son principalmente para el empleador, pues consisten en que estos pueden obtener un ajuste de la planilla de salarios en función de la actividad de la empresa, así como la posibilidad de externalizar fases de producción y actividades periféricas con el objeto de poder concentrar recursos y esfuerzos únicamente en sus actividades centrales.

Por otra parte, las desventajas de la subcontratación laboral están dirigidas al trabajador, pues bajo esta forma se lesionan los derechos colectivos, la seguridad social, además se encubren los salarios y condiciones de trabajo; se arriesga la seguridad del empleo, la protección en caso de insolvencia y la protección de la maternidad.

En resumen, cuando se está en presencia de subcontratación laboral las desventajas para el trabajador son muy serias, porque en la ausencia de una relación de trabajo éste no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral y tampoco tiene la empresa usuario la obligación de afiliarlo a la seguridad social, razón por la cual se le niegan derechos como la protección por riesgos profesionales, licencia o prestaciones por maternidad.

²⁸ Bronstein, Arturo S. **La subcontratación laboral**. San José de Costa Rica, 1999, pág. 9

4.2 La subordinación como elemento fundamental de la relación de trabajo

En cualquier parte del mundo sólo hay dos formas de trabajar: dentro de una relación laboral, es decir de forma subordinada y de dependencia, o por cuenta propia, de manera independiente, autónoma y sin subalternos.

En la primera categoría existe una dependencia o subordinación entre la persona que presta el servicio (trabajador) y quien lo emplea (patrono), y es regulada por leyes de orden público, que constituyen un límite obligatorio para la voluntad del empleador y para los deseos, incluso del propio trabajador.

En la segunda forma la persona que presta un servicio lo hace de forma independiente, sin depender de quien le ha empleado y no goza de derechos laborales o prestaciones sociales mínimas y está regulado por las leyes de orden civil o mercantil, por lo que no puede hablarse en esta forma de trabajar de una relación de subordinación y por ende tampoco de la relación de trabajo.

En Guatemala, el Código de trabajo establece en su Artículo 19, que existe la relación de trabajo es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina el contrato de trabajo que 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 esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

4.3 Defraudación laboral

En las últimas dos décadas, las relaciones entre patronos y trabajadores en Guatemala, han adoptado rumbos no siempre dentro de la justicia y del derecho. Tanto así, que se dice que el Código de Trabajo ya no es viable, como justificación al desarrollo de actividades económicas al margen de la protección social al trabajador.

El abogado laborista Alejandro Argueta, expone que “reconoce que es muy poco probable que un país pueda desarrollarse enajenando su economía de la globalización; sin embargo, objeta que se tolere la simulación o disfraz de la relación laboral sólo por atender los cambios que ese fenómeno ha producido en el mercado laboral.”²⁹

En Guatemala, la contratación de trabajadores sin pago de prestaciones laborales viene en auge desde 1990; la compra de servicios técnicos o profesionales, es la figura más utilizada para esos fines, desde el sector privado, pasando por el Estado, las agencias de cooperación internacional, hasta las organizaciones no gubernamentales (ONG).

El señor Adolfo Lacs, dirigente de la Unión Guatemalteca de Trabajadores (UGT), sostiene que “...el aumento de estas contrataciones, sólo han servido para encubrir verdaderas relaciones laborales. No es que el trabajo independiente sea malo, el problema es que se está utilizando la figura de manera fraudulenta.”³⁰

²⁹ Argueta, Alejandro. **En auge prácticas violatorias al derecho de los trabajadores**. 29 de enero 2009, Noticias Guatemala en <http://www.deguate.com/artman/publish/noticias-guatemala/en-auge-practicas-violatorias-al-derecho-de-los-trabajadores.shtml#>.UH-h-sWcPSg. Fecha de consulta: 5 de octubre de 2012.

³⁰ Lacs, Adolfo. **Loc. Cit.**



En Guatemala se ha vuelto común la subcontratación laboral, derivado del proceso de descentralización productiva de las empresas, la que verdaderamente se ha venido utilizando con el objeto de ocultar al empleador real responsable, al momento de que la empresa subcontratada incumple sus obligaciones laborales. Otra modalidad, que a criterio personal corresponde a la peor manera de disfraz de la relación de trabajo, consiste en que un empleador contrata a un trabajador en condiciones de subordinación o dependencia pero celebra un contrato civil o mercantil propio del trabajo independiente, lo que es a todas luces la peor de las simulaciones para evitar tener que pagar las prestaciones irrenunciables a los trabajadores en caso de concluir la relación laboral.

Conceptualmente la contratación de servicios técnicos o profesionales es válida, pero si una empresa la práctica de mala forma y con mala fe, entonces se convierte en un conflicto que compete a los tribunales determinar.

En el país cada vez más empresas utilizan mal la modalidad de contratación de servicios profesionales o independientes, lo que ha impuesto una tendencia en detrimento del orden público a nivel de empresas particulares en general, así como de las ONG y fundaciones, pues al simular de esa forma una relación laboral, prácticamente se anula una serie de derechos a los trabajadores y consecuentemente, se evade el pago de la cuota patronal al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), al Instituto Técnico de Capacitación y Productividad (INTECAP) y al Instituto de Recreación para los Trabajadores de la Empresa Privada (IRTRA), al mismo tiempo que también se defrauda al fisco.



4.4 Defraudación al seguro social

El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Protección del Salario, establece que salario es el monto total que percibe el trabajador aunque se le de otra denominación, por tanto el empleador debe cotizar al Seguro Social sobre éste y no únicamente regido por el base.

La defraudación al seguro social a través de la subcontratación laboral se da cuando el contrato laboral divide el salario del trabajador en sueldo base y bonificación, éste generalmente mayor al primero. La intención aquí es cotizar menos al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) y consecuentemente, menoscaba el nivel de la cobertura social inmediata y la pensión a futuro del empleado, y por ende implica la defraudación del pago de las cuotas patronales y del trabajador al IGSS. En este caso la defraudación es responsabilidad del empleador, ya que es éste el obligado de declarar en el IGSS a las personas que haya contratado dentro de una relación de trabajo.

Si se llega declarar la existencia de una relación laboral, el empleador está obligado a pagar todas las cuotas patronales y las del trabajador, también debe pagar los intereses moratorios y la multa correspondiente.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) puede requerir el pago de cuotas hasta por seis años de omisión.

Los trabajadores no deberían considerarse excluidos del derecho a la cobertura del seguro social, ya que según el marco normativo que lo regula se establece que es el empleador el responsable de haber omitido la declaración de los trabajadores ante el

seguro social y el pago de las cuotas respectivas. Bajo este supuesto, la persona que se considere trabajador de un patrono puede exigir la prestación de los servicios del seguro social y éste debe prestarlos. Posteriormente el IGSS debe reclamar al patrono las cuotas, multas e intereses que correspondan.

Explica el autor Alejandro Argueta que “La omisión que el empleador realiza de declarar a sus empleados ante el IGSS también implica la omisión del pago de las contribuciones del empleador al Instituto Técnico de Capacitación y Productividad (INTECAP) y al Instituto de Recreación de los Trabajadores (IRTRA), al mismo tiempo que esta omisión afecta sensiblemente el presupuesto de estas instituciones.”³¹

4.5 Defraudación fiscal

La modalidad actual para realizar el fraude legal de encubrir una relación de trabajo es a través de contratos civiles o mercantiles, mediante los que el empleador solicita factura contable al trabajador cada vez que le paga la retribución convenida por la prestación de sus servicios personales, en lugar de pagarle un salario mensual.

Cuando el empleado emite factura en concepto de servicios prestados durante el mes, el monto de la prestación de los servicios está gravado por el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

El supuesto “proveedor de servicios”, que en realidad es un trabajador subordinado o dependiente que labora en una relación de trabajo, al momento de emitir una factura

³¹ Argueta R., Alejandro, **El Disfraz de la Relación de Trabajo en Guatemala**, Guatemala, 2008, pág. 45

adquiere la obligación de declarar ante la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) el Impuesto al Valor Agregado –IVA- que se ha generado por la supuesta prestación de sus servicios en forma independiente. Si el empleado omite realizar la declaración de dicho impuesto, se ocasiona serias consecuencias tributarias, e incluso penales para él mismo.

Por el contrario, si el empleado sí realiza la declaración del IVA, entonces de su salario hay que disminuir un 12% correspondiente al IVA. Es necesario tener presente que el trabajador, que por el fraude legal es considerado como “proveedor de servicios”, no puede descontar ningún débito fiscal ya que su actividad laboral, al realizarse bajo la dependencia continua de su empleador, no le ha generado ningún gasto. Por esta razón su salario, que es lo que verdaderamente está recibiendo, se disminuye considerablemente si decide cumplir con la obligación fiscal de declarar el 12% de IVA del supuesto servicio o trabajo independiente.

No debe olvidarse que el trabajador también está obligado a sujetarse al régimen del Impuesto Sobre la Renta y debe realizar las declaraciones que le correspondan según el nivel de renta que le corresponda, lo que también disminuye la cantidad de dinero que está recibiendo del empleador.

Si el trabajador acciona ante las autoridades para declarar la relación laboral y logra un fallo judicial favorable entonces queda exonerado de cumplir las obligaciones fiscales debido a que al no existir el hecho generador del impuesto entonces desaparece también la obligación de declararlo. Por el contrario, si el trabajador otorga facturas al empleador y no realiza ninguna acción para declarar el fraude legal del disfraz de su



relación de trabajo, entonces adquiere todas las obligaciones fiscales que corresponden a un trabajador independiente o “proveedor de servicios” ya que ante el sistema institucional ha aceptado dicha calidad.

Desde la posición del empleador y dentro del ámbito creado por el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo se producen las mismas consecuencias pero, desde la perspectiva patronal, este fraude constituye una terrible evasión de impuestos.

Esto sucede así: El empleador utiliza la factura emitida por el supuesto “proveedor”, el cual en realidad es un trabajador subordinado, para declararla como un gasto dentro del cómputo de sus operaciones. Este “gasto” o crédito disminuye el monto total de IVA que el empleador, como contribuyente, debe entregar a la SAT. De esta manera el empleador utiliza la factura emitida por cada trabajador para realizar una fraudulenta disminución del IVA que genera por la venta de los servicios o mercancías que produce a través de su actividad empresarial.

Entre más trabajadores coloque en el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo, mayor será la defraudación que realice al fisco con relación al Impuesto al Valor Agregado.

Al respecto explica el autor Alejandro Argueta que “Si el trabajador realiza con éxito una acción para declarar el fraude legal del disfraz de su relación de trabajo puede ampliarse la acción ante la SAT para que se requiera al empleador la declaración correcta del IVA lo cual puede producir el requerimiento de pago de multas e intereses

y posiblemente también la deducción de responsabilidades penales, debido a la defraudación tributaria que ha realizado el empleador.”³²

4.6 Responsabilidad de los socios accionistas de la sociedad subcontratista frente a los trabajadores

El Código de Comercio de Guatemala, define a la sociedad anónima como la que tiene el capital dividido y representado en acciones, como ya se indicó con anterioridad en el presente trabajo. La responsabilidad de cada socio accionista está limitada al monto de sus aportaciones representadas por los títulos de acciones que haya suscrito, es decir responsabilidad civil o mercantil, aunque no especifica lo relativo a la responsabilidad laboral.

La sociedad anónima es la que afronta toda la responsabilidad cuando exista alguna demanda interpuesta por los trabajadores como consecuencia del incumplimiento del pago de las obligaciones de prestaciones laborales. La obligación proveniente del pago de prestaciones laborales es atribuible únicamente a la sociedad y ésta debe responder hasta por el monto de su patrimonio social, sin alcanzar a afectar el patrimonio personal de cada uno de los socios accionistas.

Dada la disposición del Código de Comercio en cuanto a la responsabilidad limitada de los socios en las sociedades anónimas, la única garantía de cumplimiento que tienen los terceros es el patrimonio de la sociedad y este es el único que responde de

³² Loc.Cit.



la deuda social. El problema suscita cuando la sociedad anónima es constituida específicamente para fines de subcontratación de personal, en primer lugar porque las constituyen con el capital mínimo de Q.5,000.00 y ningún patrimonio; y en segundo lugar porque existe mucha posibilidad que los socios sean empleados de la empresa principal que las constituye, misma que subcontrata todo el personal que ofrecen esas pequeñas empresas de subcontratación de personal. Al operar de esta manera, no existe ningún patrimonio que sea suficiente para garantizar el cumplimiento de obligaciones laborales ante los empleados.

Se considera que si una sociedad mercantil ocasiona daños o perjuicios y es evidente la trasgresión de normas jurídicas, los socios deberían responder en forma solidaria e ilimitadamente ante los terceros, sean éstos acreedores como los trabajadores, pero de la forma en que está regulada la responsabilidad de los socios en el Código de Comercio actualmente, no es posible, porque los socios únicamente están obligados a responder hasta por el monto de sus aportaciones y no más, de tal manera que los terceros sólo pueden afectar el patrimonio social, pues existe una norma que así lo regula.

En la sociedad anónima existe una limitación de responsabilidad como ya se explicó, y una individualidad entre el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades personalistas, en las que el patrimonio de los socios se comunica con la sociedad. En la sociedad anónima los acreedores no pueden afectar el patrimonio individual de los socios después de haberse agotado el patrimonio de la sociedad, esto es debido a que este es el único que sirve como garantía de sus créditos.



4.7 Responsabilidad del Estado como autoridad

La principal responsabilidad del Estado es garantizar el efectivo cumplimiento de la ley. El éxito en la consecución de este propósito comprende varios aspectos, entre los más significativos explica el autor Alejandro Argueta que están los siguientes:

“El fortalecimiento de la Inspección General de Trabajo. Para realizar inspecciones en los principales sectores en donde se está abusando de la realización de este tipo de fraude legal.

La profesionalización de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad. Esto es necesario porque a pesar de que existen fallos en donde se ha declarado la relación laboral en casos en donde se encontraba disfrazada o encubierta, existe una tendencia a interpretar arbitrariamente la legislación laboral a través de un abandono del principio de primacía de la realidad y valorando exclusivamente los documentos y no los hechos.³³

La valoración de las facturas como medio para negar el acceso a la protección que brinda la relación de trabajo es una clara muestra del ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

Precisamente, las interpretaciones restrictivas, constituye uno de los principales obstáculos para la correcta aplicación de la ley, así como las demoras injustificadas de los procedimientos judiciales, es otro aspecto esencial que determina la responsabilidad del Estado para garantizar la efectiva aplicación de la ley.

³³ Ob.Cit., pág. 75



El Ministerio de Trabajo y Previsión Social tiene que promover el conocimiento de la Recomendación 198 de la OIT, para que se aborde el problema del disfraz de la relación de trabajo y se exija al gobierno de Guatemala, a la Corte Suprema de Justicia y la Corte de constitucionalidad la atención al contenido de dicha recomendación, la que se manifiesta sobre la indeterminación de la existencia de una relación de trabajo o las dificultades para determinarla, que suponen una clara desprotección por inaplicación de la legislación laboral protectora; así como también identifica algunas de las causas de tal desprotección, a saber, el encubrimiento de la relación de trabajo, el recurso a acuerdos contractuales que intentan atribuir otra naturaleza a la relación laboral y las eventuales insuficiencias legislativas. **(ver anexo I)**

Para promover la adecuada protección del trabajador en tales hipótesis, la recomendación se divide, en lo sustantivo, en dos grandes partes: una dedicada a la postulación y definición de una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo y otra que establece criterios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

La promoción de la recomendación 198 de la organización internacional del trabajo, brindará mayor seguridad jurídica a las relaciones de trabajo y permitiría modernizar el mercado laboral.



4.8 Necesidad de regular la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las Sociedades Anónimas que se dedican a la subcontratación laboral.

Al inicio del presente trabajo se cito que “En las sociedades de capital se presenta una marcada separación, un divorcio entre el patrimonio social y el particular. La distinción de patrimonios subsiste porque la responsabilidad de los socios es limitada, convirtiéndose el patrimonio social en la única prenda de los acreedores.”³⁴ Es decir que la responsabilidad de los socios en las sociedades anónimas está limitada al monto de sus aportaciones, razón por la cual las prestaciones de los empleados de las empresas de subcontratación de personal creadas por las grandes corporaciones, no puede garantizarse, ya que dichas empresas son creadas con un capital mínimo y no cuentan con ningún patrimonio que las respalde.

Se considera que la manera en la que podría garantizarse el cumplimiento de pago de las obligaciones de los empleados en las pequeñas sociedades anónimas constituidas para la subcontratación laboral, sería que se regulara en el Código de Comercio que la responsabilidad de los socios es ilimitada, siempre y cuando sea necesario responder por el pago de obligaciones laborales.

Para comprobar la necesidad que existe de regular en el Código de Comercio la responsabilidad limitada de los accionistas de las sociedades anónimas que se dedica a la subcontratación laboral en el país, se utilizó el instrumento denominado cuestionario, a través del cual se realizó una entrevista que estuvo dirigida a tres Abogados que cuentan con experiencia en el área laboral (**ver anexo II**).

³⁴ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **Ob. Cit.** Pág. 31

Las preguntas dirigidas y las respuestas obtenidas a través del cuestionario de entrevista, fueron las siguientes:

1. ¿Cuál es su opinión respecto a la subcontratación laboral en Guatemala?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

La entrevistada manifestó que la subcontratación laboral en Guatemala ha tenido más auge durante los últimos cinco años, y que tiene conocimiento que este tipo de relación laboral se ha dado para encubrir a los verdaderos empleadores para evitar que al momento de ser demandados por el pago de prestaciones laborales por algún empleado, su patrimonio se vea comprometido, ya que las empresas de subcontratación laboral no tienen ningún patrimonio con que responder por el pago de obligaciones laborales.

Manifestó que uno de los bancos del sistema cuenta con personal operativo que le proporciona una empresa de subcontratación laboral, a quienes la empresa de subcontratación paga el salario mínimo, más la bonificación incentivo para los trabajadores de sector público y privado, más otro tipo de bonificaciones, según ellos para no incrementar el pasivo laboral.

En síntesis la entrevistada indicó que la subcontratación laboral es una modalidad nociva para los intereses de los trabajadores, quienes no están siendo respaldados por la solidez de quien realmente los contrata.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15,596.

El segundo entrevistado respondió que la subcontratación laboral en Guatemala, es una forma de evadir responsabilidades por parte de los empresarios.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que considera que la subcontratación laboral es una forma de disfrazar la relación laboral que existe entre patrono y trabajador.

Comentario personal.

Como puede observarse, los tres profesionales entrevistados coinciden en opinar que la subcontratación laboral está siendo utilizada para disfrazar la relación laboral, pues con esta figura se encubre al verdadero patrono quien prefiere contar con personal subcontratado para no comprometer su patrimonio en caso haya que responder por el pago de pasivo laboral.

2. ¿Según su criterio, cuáles son las ventajas que ofrece la subcontratación laboral?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

La entrevistada manifestó que las ventajas que ofrece la subcontratación laboral están dirigidas únicamente a beneficiar a la parte empleadora, la que se esconde atrás de la fachada de otra empresa de subcontratación laboral, para no tener que enfrentarse a



los requerimientos de los empleados, agregando que debería prohibirse esta forma de contratación de personal, de tal manera que el empleador para el cual trabajan los empleados sea realmente con quien los empleados firmen su contrato de trabajo.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El segundo entrevistado argumentó que considera que esta forma de contratar no ofrece ninguna ventaja para el trabajador.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que las ventajas son para el verdadero patrono, el que resulta ser una empresa diferente a la que realmente contrató.

Comentario personal.

Los tres entrevistados coinciden en el criterio que la subcontratación laboral ofrece ventajas únicamente al verdadero contratante, porque los empleados no tienen forma de asegurar el cumplimiento de pago de las obligaciones laborales a las que los patronos están obligados por disposición de la ley.

3. ¿Considera que la subcontratación laboral afecta los derechos de los trabajadores?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

El entrevistado respondió que indiscutiblemente la subcontratación laboral sí afecta los derechos de los trabajadores, especialmente en el caso que el empleado desee iniciar

alguna acción judicial para el pago de sus prestaciones en caso de despido injustificado, ya que en ocasiones el propio trabajador desconoce en principio el nombre de la empresa para la que realmente está trabajando, lo que le impide ejercer su derecho de petición ante los órganos jurisdiccionales para solicitar justicia.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado expresó que en efecto sí considera que la subcontratación laboral afecta los derechos de los trabajadores, tomando en cuenta que sólo contratan para periodos cortos y por ende no acumulan pasivo laboral y también afecta los beneficios sociales tales como el derecho a una jubilación y otros servicios que brinda el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que sí, porque muchas veces se quiere evitar de forma directa el pago de las prestaciones e indemnización que en derecho corresponde encubriendo el patrimonio de la sociedad a la que realmente debe responder por dicha obligación.

Comentario personal.

Se deduce de las respuestas obtenidas que la subcontratación laboral está siendo mal utilizada por los patronos para evitar ser demandados, evitar la acumulación de pasivo laboral, el pago de prestaciones laborales, en fin, para ocultar su verdadera identidad y

así disfrazar la relación laboral directa.

4. **¿Por qué cree que la modalidad de subcontratación esté siendo muy utilizada por las grandes empresas, en vez de contratar directamente al personal que tienen a su servicio?**

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

Manifestó que la modalidad de subcontratación está siendo utilizada ahora con más frecuencia, porque los empleadores ya se dieron cuenta que así es como pueden evadir su responsabilidad para con los empleados, pues a la hora de tener algún inconveniente con algún empleado inmediatamente la empresa de subcontratación interviene y termina la relación laboral con ese empleado, sin que el verdadero empleador incurra en ninguna responsabilidad ni aparezca demandado, pues el subcontratista es el que enfrenta cualquier demanda que se plantee en caso el empleado pueda hacerlo.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado respondió que la modalidad de la subcontratación laboral está siendo muy utilizada por las grandes empresas específicamente para ahorrar dinero en temas como indemnizaciones, capacitaciones, supervisión etc.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

Para encubrir al verdadero contratante que por lo regular resulta ser una empresa

grande y de prestigio, cuyas operaciones se encuentran respaldadas con un gran patrimonio; así como para pagar únicamente el salario mínimo y por ende evadir la acumulación de pasivo laboral, y para salvaguardar su patrimonio para que este no pueda ser afectado por posibles demandas laborales.

Comentario personal.

A consideración personal es muy usual que los empleados sean contratados por un patrono diferente al que realmente prestan sus servicios en dependencia continuada y dirección, ya que esto permite a los patronos que utilizan la modalidad de la subcontratación a disfrazar la verdadera relación laboral directa para evadir las obligaciones legales. Esto es fraude y debe ser inaceptable en todas las jurisdicciones aunque para los patronos la subcontratación laboral sea producto de la necesidad de buscar alternativas para facilitar la generación de empleo, a quienes no les importa que así se fomente la impunidad de este fraude que deteriora la certeza jurídica.

5. ¿Qué derechos de los trabajadores están siendo violados debido a la subcontratación laboral?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

Respondió que algunos de los derechos de los trabajadores que están siendo afectados como consecuencia de la subcontratación laboral son: el derecho de petición si desconoce el nombre de la empresa que lo ha contratado, y cuando el empleado se ve obligado a emitir factura por el pago de sus servicios mensuales, se violan los siguientes derechos: derecho a vacaciones anuales, derecho a recibir aguinaldo, derecho a recibir bonificación incentivo para los trabajadores del sector público y

privado, obligación de recibir el pago correspondiente a un mes de salario por cada año de servicios continuos cuando el empleado es despedido injustificadamente o en forma indirecta, por mencionar algunos.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado respondió que considera que los derechos de los trabajadores que están siendo violados debido a la subcontratación laboral, son el derecho de igualdad, el derecho de defensa y el mismo derecho del trabajo y sus garantías.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que los derechos de los trabajadores que se están violando son el pago de prestaciones laborales y el del pago de la indemnización.

Comentario personal.

Se considera que la subcontratación laboral vulnera el derecho a una remuneración justa y a los beneficios para los trabajadores asalariados bajo esa modalidad y que lo más recomendable es que toda empresa que requiera contrata a otra incluya en el contrato de servicios una cláusula que establezca que la empresa subcontratada dará cumplimiento a las obligaciones sociolaborales respecto de sus trabajadores, con lo que probablemente se podría reducir el hecho de que la figura de la subcontratación se siga utilizando para eludir las relaciones de dependencia laboral.

6. **¿Cuál de las dos acciones que se presentan a continuación, considera usted que es más apropiado tomar para evitar que los derechos de los trabajadores sigan siendo violados debido a la subcontratación laboral?**
- a) **Regular la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las sociedades anónimas dedicadas a la subcontratación laboral a través de una reforma al Código de Comercio, para garantizar el cumplimiento del pago de las obligaciones laborales a los trabajadores después de haber terminado la relación laboral.**
 - b) **Supervisión de las sociedades anónima creadas exclusivamente para la subcontratación laboral, por parte de las autoridades de trabajo para evitar fraude de ley en menoscabo de los derechos de los trabajadores subcontratados.**

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

Respondió que las dos acciones propuestas deberían ser implementadas para garantizar los derechos y el pago de prestaciones de los empleados.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado respondió que la acción más apropiada a su criterio, sería la supervisión de las sociedades anónima creadas exclusivamente para la subcontratación laboral, por parte de las autoridades de trabajo para evitar fraude de ley en menoscabo de los

derechos de los trabajadores subcontratados, porque el Ministerio de Trabajo es la institución encargada de velar por los derechos del trabajador.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que la primera opción es adecuada porque la responsabilidad de los socios debería ser ilimitada por lo menos para responder por el pago de obligaciones laborales; mientras que la segunda opción es indispensable, porque las autoridades de trabajo son las encargadas de velar porque las leyes laborales se cumplan y así evitar fraude de ley en menoscabo de los derechos de los trabajadores subcontratados.

Comentario personal

Se considera que las dos opciones sugeridas son indispensables para evitar que los derechos laborales sigan siendo vulnerados debido a la subcontratación laboral, ya que de nada serviría que el Código de Comercio regulara la obligación de que los socios de las sociedad anónimas constituidas para prestar servicios de subcontratación laboral respondan ilimitadamente por las obligaciones laborales, si no hay un ente que vele por el cumplimiento de dicha obligación y es que la Inspección de Trabajo hasta ahora no ha tenido la capacidad suficiente para hacer cumplir la ley porque sólo asume un rol conciliador y se pone de parte del empresario.

7. ¿Qué empresas conoce que tengan a su servicio personal subcontratado?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

Respondió que el Banco de Desarrollo Rural, Sociedad Anónima cuenta con personal operativo administrativo subcontratado, aunque tiene conocimiento que la empresa que les proporciona el personal ha sido creada específicamente para ese fin por ellos mismos. También manifestó tener conocimiento que varios ingenios azucareros utilizan esta modalidad, por eso es que nunca aparecen demandados por el pago de prestaciones laborales.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

Respondió que tiene conocimiento que las empresas que tienen a su servicio personal subcontratado son Grupo Sur y Nova Servicios.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que prefería reservarse el derecho de responder esta pregunta, porque tiene clientes que precisamente utilizan esta figura.

Comentario personal.

Aunque los entrevistados no hayan aportado mayor información respecto a los nombres de las empresas de subcontratación laboral que conocen, lo que es cierto es que las causas que han provocado el incremento de esta modalidad obedecen a que el desempleo ha aumentado versus la disponibilidad de una gran reserva de trabajadores disponibles a trabajar bajo condiciones que no aceptarían en un mercado de trabajo con escasez de mano de obra; la flexibilización de la legislación laboral ha permitido y

facilitado el recurso de la subcontratación; y los empleadores han visto la posibilidad de evadir sus responsabilidades ante los trabajadores, porque saben de la falta de capacidad de la Inspección de Trabajo para controlar por el cumplimiento de las leyes y condiciones de trabajo según la legislación laboral.

8. ¿Quiénes se están beneficiando de la subcontratación laboral en Guatemala?

a) Empleado

b) Empleador

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

Manifestó que a todas luces son los empleadores quienes se están viendo beneficiados con la subcontratación laboral, pues es una modalidad que están utilizando para ocultar su verdadera identidad y no aparecen nunca demandados por el pago de prestaciones laborales o incumplimiento de contratos.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

Manifestó que los empleadores son los únicos beneficiados con la subcontratación laboral en Guatemala.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que los empleadores son los que indiscutiblemente se están beneficiando de la subcontratación laboral.

Comentario personal.

No cabe duda que los empleadores son los beneficiarios de la subcontratación laboral, puesto que esta figura les ha dado opción para tener personal a su servicio trabajando dentro de los límites de lo que considera indispensable para operar en condiciones de baja actividad, recurriendo a lo que se conoce como mano de obra externa cuando aumenta la demanda, con lo minimizan sus costos fijos de personal, porque regularmente las empresas de subcontratación ofrecen como pago únicamente el salario mínimo, lo que al mismo tiempo provoca que a la hora de terminar la relación de trabajo el pago de prestaciones sea calculado sobre dicho salario mínimo, ya que si el trabajador recibe alguna remuneración extra, ésta es en concepto de bonificaciones o incentivos.

Por otra parte, el empleado también se ve perjudicado porque cuando el empleador paga únicamente los salarios mínimos, obviamente sobre este rubro también paga la seguridad social, el aguinaldo, la bonificación incentivo anual para los trabajadores del sector público y privado (bono 14), la protección de la maternidad, entre otros.

9. ¿Considera usted que el pago de prestaciones laborales del trabajador está asegurado en caso de insolvencia de la empresa subcontratante?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

Respondió que el pago de prestaciones laborales no puede ser garantizado por las



empresas subcontratantes, porque estas no tienen más que el nombre legalmente inscrito en el registro mercantil general de la república, ya que no cuentan con patrimonio que embargar en caso el empleado lo solicite en su demanda ante los órganos jurisdiccionales, además los representantes legales son los mismos empleados y si la acción se pudiera extender hasta los accionistas estos tienen responsabilidad limitada al monto de sus aportaciones, la que en el caso de las empresas de subcontratación laboral constituidas para ese fin específico, nunca excede de cinco mil quetzales entre todos los socios.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado manifestó que considera que el pago de prestaciones laborales del trabajador NO está asegurado en caso de insolvencia de la empresa subcontratante, porque tiene conocimiento que por lo regular esas empresas son creadas única y específicamente para prestar servicios de subcontratación de personal, pero casi siempre son propiedad de las empresas que tienen a su servicio a los trabajadores y por ende son como una especie de empresas de cartón, constituidas con un capital mínimo de Q.5,000.00 y los accionistas son los mismos empleados de la empresa principal.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada manifestó que en caso de insolvencia de la empresa subcontratante el trabajador no podría obtener el pago de sus prestaciones laborales, porque la sociedad



anónima está limitada a responder con su patrimonio y si no existe ningún patrimonio, dicha responsabilidad no puede trasladarse al patrimonio de los socios, porque la ley no lo permite.

Comentario personal.

En opinión personal, en caso de insolvencia de la empresa subcontratista, los trabajadores de ésta difícilmente podrían hacer valer sus derechos contra la empresa usuaria, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral. Además, como ya se indicó anteriormente, las empresas de subcontratación laboral por lo regular son pequeñas empresas creadas por grandes corporaciones específicamente para este fin, con el objeto de salvaguardar su patrimonio y así no correr el riesgo que este se vea afectado por posibles demandas laborales.

10. ¿Cree usted que las empresas que tengan a su servicio trabajadores en relaciones de subcontratación, deberían ser controladas por parte de la Inspección General de Trabajo para amparar el cumplimiento de pago de prestaciones laborales a los empleados?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdía, Colegiada número 12164

Respondió que es urgente que la Inspección General de Trabajo ejerza su función controladora en las empresas de subcontratación laboral, las que hasta podría darse el caso que no existan físicamente, pues pudieron haber sido creadas por el verdadero empleador únicamente para ocultarse o para no aparecer ante el IGSS como patrono.



Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado manifestó que definitivamente SI es de suma importancia que las empresas que tengan a su servicio trabajadores en relaciones de subcontratación, sean controladas por parte de la Inspección General de Trabajo para amparar el cumplimiento de pago de prestaciones laborales a los empleados.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que sí.

Comentario personal.

Sin lugar a duda la Inspección General de Trabajo debe velar por el cumplimiento de la leyes laborales en el país, tal y como lo establece el Artículo 278 del Código de trabajo, el que regula que la Inspección General de Trabajo , por medio de su cuerpo de inspectores y trabajadores sociales, debe velar porque patronos, trabajadores y organizaciones sindicales, cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos que normen las condiciones de trabajo y previsión social en vigor o que se emitan en lo futuro. Asimismo, el segundo párrafo del Artículo 280 del Código de trabajo también regula que dentro de la función de la inspección general de trabajo de velar por la estricta observancia de las leyes y reglamentos de trabajo y previsión social, está obligada a promover o realizar la substanciación y finalización de los



procedimientos por faltas de trabajo que denuncien los inspectores de trabajo y trabajadores sociales y, procurar la aplicación de las sanciones correspondientes a los infractores.

11. ¿Qué opina usted respecto a que las empresas que se dedican a la subcontratación laboral ofrezcan pagar únicamente el salario mínimo y varias bonificaciones a los empleados?

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdía, Colegiada número 12164

Respondió que opina que los verdaderos empleadores se están aprovechando de sus trabajadores, encubriéndose atrás de esas empresas de subcontratación que en ocasiones son creadas por ellos mismos, para no pagar un salario justo a sus empleados. Con relación al pago de varias bonificaciones para complementar el salario de los empleados, opinó que lo hacen para ocultar el verdadero salario y así evitar la acumulación de un pasivo laboral muy cuantioso.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado expresó que las empresas de subcontratación laboral ofrecen precisamente el pago del salario mínimo y varias bonificaciones a los empleados, porque son creadas precisamente para evadir el pago real de las prestaciones tales como la Bonificación Anual, Aguinaldo etc.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada contestó que existe libertad de contratación y en todo caso lo más adecuado sería examinar el salario mínimo para que se adecúe y sea suficiente para cubrir el costo de la canasta básica y la canasta vital.

Comentario personal.

A criterio personal no está dando cumplimiento al Artículo 1 del convenio 95 de Organización Internacional del Trabajo, ratificado por el Estado de Guatemala, que establece que es salario toda retribución que el empleador otorgue a un trabajador independientemente del nombre que se le dé y del modo de cálculo que se utilice.

- 12. ¿Considera usted que el salario y cualquier cantidad de bonificaciones que ofrecen las empresas de subcontratación laboral, deban tomarse como salario integral para efectos de cálculo de prestaciones laborales?**

Entrevistado número 1. Licenciada Zulema Azurdia, Colegiada número 12164

Respondió que tiene conocimiento que de acuerdo a la organización internacional del trabajo el salario es uno sólo, sin importar que esté integrado por salario mínimo, bonificaciones, incentivos, etc. y que éste debe tomarse íntegro para el cálculo y pago de prestaciones laborales.

Entrevistado No. 2. Licenciado Víctor Manuel Cermeño y Cermeño, Colegiado número 15596.

El entrevistado manifestó que el salario y cualquier cantidad de bonificaciones que ofrecen las empresas de subcontratación laboral, sí deben tomarse como salario integral para efectos de cálculo de prestaciones laborales, aunque lo ideal es que conste en un contrato de trabajo.

Entrevistada No. 3. Licenciada Russill Carmina Galván Álvarez, Colegiado No.12,460

La entrevistada respondió que no deben tomarse como un todo el salario y las bonificaciones para el cálculo de prestaciones laborales, porque ambos son cosas diferentes.

Comentario personal.

Con base en el Artículo 1 del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, se considera que el salario debe tomarse como un todo y que es tarea también de la Inspección General de Trabajo velar porque a los trabajadores que presenten su reclamación para el pago de prestaciones, se les asesore que el salario que devengan se integra no sólo por la cantidad que se les paga en tal concepto mensualmente, sino además también conforman este todas las bonificaciones o incentivos que lo integren, sin importar el nombre que se les asigne.

Tomando en consideración la doctrina consultada, las entrevistas realizadas y los argumentos esgrimidos en el presente trabajo, es posible determinar algunas



propuestas básicas para la implementación de una política nacional que garantice la erradicación del fraude del disfraz de la relación de trabajo en Guatemala, estableciendo medidas específicas para garantizar la protección de los trabajadores.

La propuesta que posiblemente sea una solución viable al problema que dio origen a la presente investigación consiste en la formulación de la reforma del Código de Comercio guatemalteco, con el objeto de regular la responsabilidad ilimitada de los socios accionistas en las sociedades anónimas que se dedican a la subcontratación laboral en Guatemala, para que a los trabajadores se les garantice el cumplimiento de pago de sus prestaciones laborales cuando suceda la terminación de la relación laboral, de la siguiente forma:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA

CONSIDERANDO:

Que la Constitución Política de la República de Guatemala establece que es deber del Estado garantizar a los habitantes de la República la justicia, la seguridad y el desarrollo integral de la persona.

CONSIDERANDO:

Que en los últimos años se han notado una proliferación de sociedades anónimas dedicadas a la subcontratación de personal en las cuales se establece una relación de dependencia laboral entre las empresas subcontratistas y sus trabajadores directos como estrategias ilícitas para eludir las relaciones de dependencia laboral con el verdadero contratante.



CONSIDERANDO:

Que es necesario que en caso de terminación de la relación laboral la clase obrera tenga garantizado el cumplimiento de pago de sus prestaciones laborales, mismo que debe quedar garantizado hasta con el patrimonio personal de los socios accionistas de las sociedades anónimas creadas con el objeto de dedicarse a la subcontratación de personal.

POR TANTO:

En uso de las facultades que le confieren los Artículos 2 y 171 literal a) de la Constitución Política de la República

DECRETA:

Artículo 1. Adicionar un párrafo al final del Artículo 86 del Decreto Número 2-70 del Congreso de la República, Código de Comercio, con el siguiente texto:

“ARTÍCULO 86. SOCIEDAD ANONIMA. Sociedad anónima es la que tiene el capital dividido y representado por acciones. La responsabilidad de cada accionista está limitada al pago de las acciones que hubiere suscrito, a excepción que la sociedad tenga como objeto la subcontratación de personal, caso en el que los socios responderán hasta con su patrimonio personal si no alcanzara el patrimonio de la sociedad para cubrir el pago de prestaciones laborales de sus empleados.”

Artículo 2. La presente ley entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.



REMITASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION, PROMULGACION Y PUBLICACION.

EMITIDO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA, EL _____ DEL MES DE _____ DE DOS MIL TRECE



CONCLUSIONES

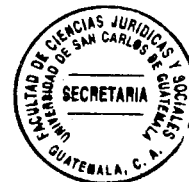
1. La Responsabilidad limitada con que gozan los socios de las Sociedades Anónimas que se dedican a la subcontratación laboral debe modificarse de tal forma que se responda de forma ilimitada, ya que este recurso ha sido empleado para evadir las obligaciones laborales que deben en todo caso considerarse superiores a las estipulaciones de naturaleza mercantil.
2. La subcontratación laboral ha proliferado como estrategia ilícita para eludir no sólo las relaciones de dependencia laboral, sino también la acumulación de pasivo laboral y el cumplimiento del pago de obligaciones laborales a los empleados.
3. A través de la subcontratación laboral se está eximiendo de toda responsabilidad a la empresa contratante que es para la que el trabajador produce y genera ganancia y no así a la empresa subcontratista, a la que se trasladan todas las obligaciones laborales que emergen de la relación laboral.
4. Existe incumplimiento de funciones por parte de la Inspección General de Trabajo, la que no realiza las visitas periódicas a las que está obligada por la ley, para constatar si la subcontratación es o no una estrategia empresarial de evasión de las obligaciones laborales, quienes cuando conocen de casos de vulneración de los derechos laborales, sólo se remiten a la conciliación.
5. El Estado es el responsable de la vulneración de los derechos laborales, pues es el ente encargado de velar por la protección de la persona, lo que debe procurar en el ámbito laboral a través de la creación de leyes en las que se vele que los derechos de los trabajadores no sean vulnerados.





RECOMENDACIONES

1. Que se obligue a los socios accionistas de las sociedades anónimas constituidas con el objeto de prestar servicios de subcontratación de personal, garanticen el cumplimiento de pago de las obligaciones laborales hasta con su patrimonio personal, debiendo regularse en el Código de Comercio por medio de una reforma legislativa del Congreso de la República.
2. Que el Congreso de la República legisle que la subcontratación laboral se regule en el Código de Trabajo como una forma de establecer la relación laboral entre el patrono y el trabajador, para que ambas partes, así como los órganos jurisdiccionales tengan la seguridad que las normas que deben aplicarse para solucionar cualquier conflicto deben ser específicamente las laborales.
3. Que la empresa a la que los trabajadores prestan sus servicios sea la única responsable de garantizar el cumplimiento del pago de las obligaciones laborales y del pasivo laboral de sus empleados, siendo la Inspección General de Trabajo la responsable de vigilar el cumplimiento de dicha disposición.
4. Que la Inspección General de Trabajo cumpla con su función de velar porque dichas entidades no sean creadas por las grandes corporaciones únicamente para eludir el cumplimiento de obligaciones laborales.
5. Que el Estado a través del Organismo Legislativo reforme el Código de Comercio y garantice a través de sus instituciones destinadas para tal fin el funcionamiento de las Sociedades Anónimas que desean dedicarse a la subcontratación de personal, en defensa de los derechos del trabajador.





ANEXO I

Texto de la recomendación núm. 198 de la O.I.T.

sobre la relación de trabajo (2006)

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado;

Considerando que la legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente;

Considerando que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente;

Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes



interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;

Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;

Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo;

Reconociendo, además, que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario;

Reconociendo que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo;

Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente;

Considerando que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional;



Observando que, en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador;

Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general;

Considerando que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales;

Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha quince de junio de dos mil seis, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

I. Política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo



1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

2. La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a:

a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de



trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;

c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;

d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;

e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;

f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.

5. En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto



a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.

6. Los Miembros deberían:

a) velar especialmente porque en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y

b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género. 7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

a) al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y



b) cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.

8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

II. Determinación de la existencia de una relación de trabajo

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:



a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;

b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que



implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.



17. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

III. Seguimiento y aplicación

19. Los Miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional.

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

21. Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las



modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

22. Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.

IV. Párrafo final

23. La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).





ANEXO II

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA DIRIGIDO A

ABOGADOS CON EXPERIENCIA EN EL AREA LABORAL



CUESTIONARIO

A continuación se le presenta un breve cuestionario como parte del trabajo de campo de la tesis de licenciatura titulada “NECESIDAD DE REGULAR LA RESPONSABILIDAD ILIMITADA DE LOS ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS QUE SE DEDICAN A LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL PARA RESPONDER POR OBLIGACIONES LABORALES”, de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Este cuestionario está dirigido a Abogados que cuentan con experiencia en el área laboral.

Por favor responda en forma breve y concisa cada una de las siguientes preguntas directas.

Nombre del entrevistado:

Número de colegiado:

- 1) ¿Cuál es su opinión respecto a la subcontratación laboral en Guatemala?
- 2) ¿Según su criterio, cuáles son las ventajas que ofrece la subcontratación laboral?
- 3) ¿Considera que la subcontratación laboral afecta los derechos de los trabajadores?
- 4) ¿Por qué cree que la modalidad de subcontratación esté siendo muy utilizada por las grandes empresas, en vez de contratar directamente al personal que tienen a su servicio?



- 5) ¿Qué derechos de los trabajadores están siendo violados debido a la subcontratación laboral?
- 6) ¿Cuál de las dos acciones que se presentan a continuación, considera usted que es más apropiado tomar para evitar que los derechos de los trabajadores sigan siendo violados debido a la subcontratación laboral?
 - a. Regular la responsabilidad ilimitada de los accionistas de las sociedades anónimas dedicadas a la subcontratación laboral a través de una reforma al Código de Comercio, para garantizar el cumplimiento del pago de las obligaciones laborales a los trabajadores después de haber terminado la relación laboral.
 - b. Supervisión de las sociedades anónima creadas exclusivamente para la subcontratación laboral, por parte de las autoridades de trabajo para evitar fraude de ley en menoscabo de los derechos de los trabajadores subcontratados.
- 7) ¿Qué empresas conoce que tengan a su servicio personal subcontratado?
- 8) ¿Quiénes se están beneficiando de la subcontratación laboral en Guatemala?
 - a) Trabajador
 - b) Empleador
- 9) ¿Considera usted que el pago de prestaciones laborales del trabajador está asegurado, en caso de insolvencia de la empresa subcontratante?
- 10) ¿Cree usted que las empresas que tengan a su servicio trabajadores en relaciones de subcontratación, deberían ser controladas por parte de la Inspección General de Trabajo para amparar el cumplimiento de pago de prestaciones laborales a los empleados?
- 11) ¿Qué opina usted respecto a que las empresas que se dedican a la



subcontratación laboral ofrezcan pagar únicamente el salario mínimo y varias bonificaciones a los empleados?

- 12) ¿Considera usted que el salario y cualquier cantidad de bonificaciones que ofrecen las empresas de subcontratación laboral, deban tomarse como salario integral para efectos de cálculo de prestaciones laborales?

Gracias por su colaboración!





BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **Derecho de Sociedades**, Guatemala, 2008, Litografía Orión.
- ARGUETA R., Alejandro, **El Disfraz de la Relación de Trabajo en Guatemala**, Unión Guatemalteca de Trabajadores, Guatemala, Mayo 2008.
- ARGUETA, Alejandro. **En auge prácticas violatorias al derecho de los trabajadores**. 29 de enero de 2009, Noticias Guatemala en <http://www.deguate.com/artman/publish/noticias-guatemala/en-auge-practicas-violatorias-al-derecho-de-los-trabajadores.shtml#.UH-h-sWcPSg>. Fecha de consulta: 5 de octubre de 2012.
- BRONSTEIN, Arturo S. **La subcontratación laboral y sus consecuencias**. San José de Costa Rica, Abril de 1999.
- BRUNETTI, **Tratado del Derecho de Sociedades**, Buenos Aires, Argentina; Editorial UTHEA 1960.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo IV, Buenos Aires Argentina; Editorial Heliasta, 1977.
- CHULÍA, Vincent, **Introducción al Derecho Mercantil**, España, (se) 1999.
- DE EIZAGUIRRE, **Derecho de Sociedades**, España, (se) 2001.
- LACS, Antonio. **En auge prácticas violatorias al derecho de los trabajadores** 29 de enero de 2009, Noticias Guatemala en <http://www.deguate.com/artman/publish/noticias-guatemala/en-auge-racticas-violatorias-al-derecho-de-los-trabajadores.shtml#.UH-h-sWcPSg>. Fecha de consulta: 5 de octubre de 2012.
- QUEVEDO CORONADO, Ignacio. **Derecho Mercantil**, 2da. Edición; México; Editorial Pearson Prentice Hall, México.
- Real Academia Española. **Diccionario de la Lengua Española**, 2da. Edición; Editorial Espasa Calpe, Madrid, España, 2001.
- RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín, **Derecho Mercantil**, 8va. Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1969.
- URÍA, Rodrigo, Aurelio Menéndez y Javier García de Enterría, **Curso de derecho mercantil**, (se), Madrid, Imprenta Aguirre, 1999.



VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo, **Derecho Mercantil**, (se), Guatemala Editorial Serviprensa, 1978.

VILLEGAS LARA, René Arturo. **Derecho Mercantil Guatemalteco**, 7ma. Edición; Tomo I, Guatemala, Editorial Universitaria, 2009.

Legislación:

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

Código de Comercio, Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 2-70.

Recomendación Número 198 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la relación de trabajo, 2006.