

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

**DETERMINAR EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA
SUBCONTRATACION LABORAL EN GUATEMALA**

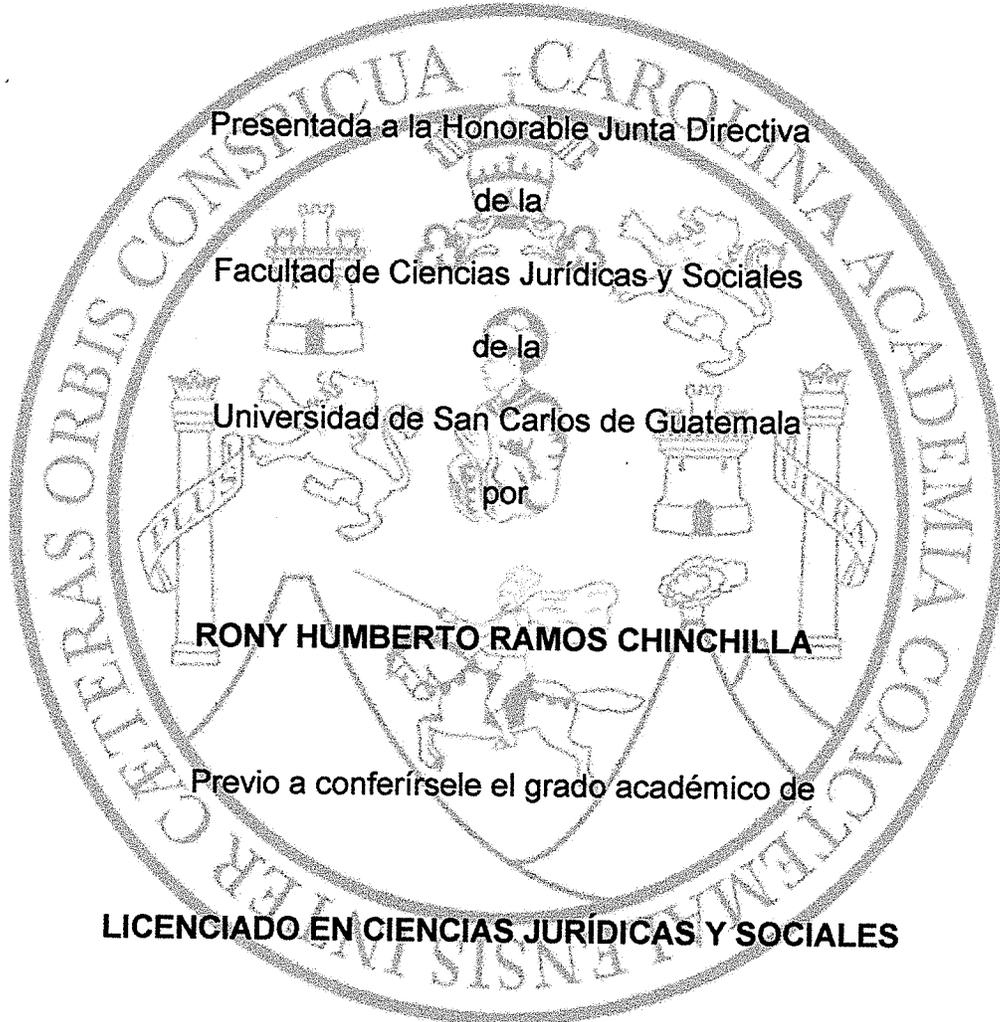
RONY HUMBERTO RAMOS CHINCHILLA

GUATEMALA, JULIO DE 2024

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

**DETERMINAR EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA
SUBCONTRATACION LABORAL EN GUATEMALA**

TESIS



Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

RONY HUMBERTO RAMOS CHINCHILLA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2024

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

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Vacante

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxon Aguilar

SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente: Lic. Edson Bautista

Vocal: Lcda. Doris Anabela Gil Solís

Secretario: Lcda. Ana Judith López Peralta

Segunda fase:

Presidente: Lic. Manuel García

Vocal: Lcda. Doris Anabela Gil Solís

Secretario: Lic. Luis Adolfo Chávez Perez

RAZÓN: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis".
(artículo 43 de normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales y del examen general público).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



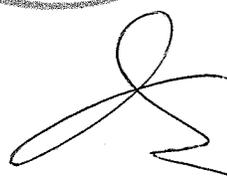
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 04 de febrero de 2022.

Atentamente pase al (a) Profesional, JOSÉ RODOLFO ALFARO SALAZAR
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
RONY HUMBERTO RAMOS CHINCHILLA, con carné 200912354,
 intitulado SUBCONTRATACIÓN LABORAL Y EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

Hago de su conocimiento que esta facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 FAC. DE C.C. J.J. Y S.S.
 UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

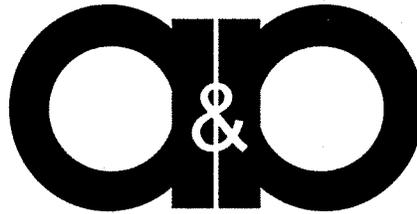
CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 10 / 02 / 2022 f)


 José Rodolfo Alfaro Salazar
 ABOGADO Y NOTARIO

Asesor(a)
 (Firma y Sello)





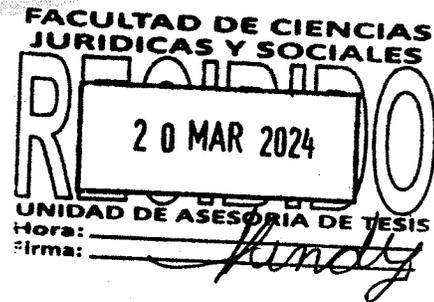
Alfaro y Asociados

ABOGADOS Y NOTARIOS



Guatemala, 12 de abril de 2022

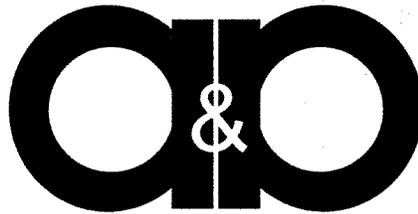
Dr. Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Le informo que procedí a la asesoría de la tesis del Bachiller Rony Humberto Ramos Chinchilla titulada: "Subcontratación laboral y el pago de daños y perjuicios"; sin embargo, luego de discutir con la estudiante, considero que el título adecuado debe ser: **"DETERMINAR EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL EN GUATEMALA"**; teniendo en cuenta el nuevo título, el Bachiller Ramos realizó la investigación jurídica, a partir de lo cual considero que el informe final es un adecuado trabajo científico, lo cual fundamento teniendo en cuenta los aspectos siguientes:

- a) La investigación se realizó tomando en cuenta los criterios del método científico y la técnica jurídica, para exponer la manera en que los patronos han utilizado la subcontratación laboral para incumplir con el pago de las prestaciones laborales, lo cual es un lucro cesante para el trabajador.
- b) Además, el sustentante aplicó el método analítico, para exponer las características de la subcontratación laboral y los fines que persiguen los patronos al utilizar esta figura jurídica, especialmente en relación a negarles el pago de prestaciones laborales a los trabajadores afectándoles sus ingresos y perjudicando las posibilidades de invertirlos en obtener beneficios económicos.



Alfaro y Asociados

ABOGADOS Y NOTARIOS

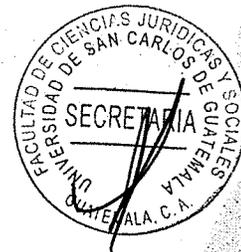


- c) En la recopilación de la información doctrinaria y legal de actualidad sobre el tema del derecho del trabajo, el salario, las prestaciones laborales y los daños y perjuicios, el Bachiller Ramos Chinchilla, utilizó las técnicas bibliográficas y la documental.
- d) La redacción utilizada por el ponente para elaborar el informe final de tesis, evidencia el conocimiento del lenguaje jurídico propio del derecho laboral y del derecho civil, así como los fundamentos jurídicos de los daños y perjuicios que ocasiona a los trabajadores que no se le hagan efectivos los pagos de las prestaciones laborales a las que tienen derecho.
- e) Los objetivos establecidos fueron debidamente alcanzados por el tesista, al evidenciar la relación entre el incumplimiento del pago de prestaciones laborales con los daños y perjuicios que conlleva para el trabajador que se le niegue el valor efectivo en dinero de lo que le compete por motivo de bonificación anual por tiempo de servicio y aguinaldo.
- f) El trabajo académico realizado es un importante aporte científico para la población trabajadora guatemalteca que enfrenta las consecuencias del incumplimiento de los patronos de las obligaciones prestacionales que son derechos irrenunciables para los trabajadores, por lo que los afectados pueden requerir su pago administrativa o judicialmente, así como demostrar como el daño ocasionado por no recibir esas prestaciones, les genera perjuicios.
- g) Existe una coherencia lógica entre lo expuesto en el cuerpo capitular y la conclusión discursiva, lo cual es el resultado de lo expuesto en el cuerpo capitular elaborado, permitiéndole validar la hipótesis de trabajo relativa a que los trabajadores que han sido subcontratados tienen derechos a reclamar las prestaciones laborales dejadas de percibir, así como exigir la indemnización por daños y perjuicios en contra del patrono.
- h) Asimismo, el respaldo bibliográfico utilizado es con información de actualidad sobre el derecho laboral y el derecho civil, las prestaciones laborales,



Alfaro y Asociados

ABOGADOS Y NOTARIOS



así como la indemnización legal existente si se comprueba la existencia de daños y perjuicios al no pagarle el patrono las prestaciones de ley, lo que le permitió fundamentar doctrinariamente su tesis.

Asimismo, expresamente declaro que no soy pariente dentro de los grados de ley del Bachiller Rony Humberto Ramos chinchilla y a partir que la tesis reúne los requisitos legales del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Muy atentamente.

José Rodolfo Alfaro Salazar.
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. José Rodolfo Alfaro Salazar

Abogado y Notario

Colegiado 4,158

Asesor de Tesis



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



D. ORD. 145-2024

Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, veintitrés de febrero de dos mil veinticuatro.

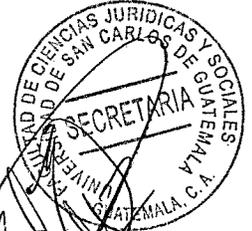
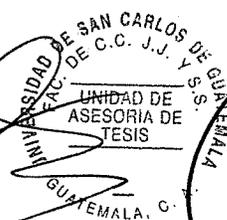
Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **RONY HUMBERTO RAMOS CHINCHILLA**, titulado **DETERMINAR EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL EN GUATEMALA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

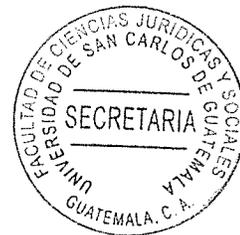
HMAC/JIMR

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]

[Handwritten signature]





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por dirigir mi camino, escucharme y estar a mi lado en cada instante de mi vida.
- A MIS PADRES:** Walter Humberto Ramos Mejía y María Elena Chinchilla Álvarez, porque con su amor y ejemplo me inspiraron a buscar la excelencia.
- A MIS HERMANOS:** Gloria Gerardina, Alma Rubí y Haroldo Enrique (Q.E.P.D.), todos Ramos Chinchilla. Por su cariño, paciencia y apoyo incondicional.
- A MIS AMIGOS:** Doris Guzmán, Fredy Garza, Diego Santamarina, Luz Chacón, Gabriela Díaz, Wendy Bolaños, Roxana Quintanilla, Alejandra Toledo, Heysel Ramos, Jorge Figueroa, Jefersón Mayorga, y Alfredo Dardón. Por esos largos días a su lado que valieron tanto la pena.
- A MIS CATEDRÁTICOS:** Por compartir sus conocimientos, su entrega, dedicación y paciencia para formarme como un profesional.
- A MI ASESOR DE TESIS:** Por ser apoyo y guía en el inicio de mi vida profesional.
- A MI PATRIA:** Porque me enseñaste que con tu esfuerzo mi país tiene futuro prometedor.
- A:** La Universidad de San Carlos de Guatemala. Por el privilegio de haberme formado en mi vida profesional. Especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, por los conocimientos adquiridos en sus aulas.

PRESENTACIÓN



La tesis de investigación es de tipo cualitativo pues se llevó a cabo una discusión jurídica acerca del derecho a la indemnización por daños y perjuicios que tienen los trabajadores subcontratados a partir que los patronos no les pagan el salario mínimo ni las prestaciones establecidas legalmente, lo cual lleva como consecuencia que sufran pérdidas en su patrimonio y bienes, así como de ganancias lícitas que deja de percibir como consecuencia de este incumplimiento patronal de las leyes laborales.

El período en que se realizó la investigación fue de julio a diciembre de 2021; mientras que los sujetos de análisis fueron los empleadores y los trabajadores subcontratados; mientras que la subcontratación laboral fue el objeto de estudio.

El aporte realizado en la presente tesis se orienta a explicar los fundamentos jurídico laborales acerca de la manera en que los trabajadores que son subcontratados sufren menoscabo de su patrimonio y bienes presentes, así como la pérdida de ganancias lícitas que deja de percibir por no recibir el salario mínimo ni las prestaciones de ley, lo cual les otorga el derecho a demandar al patrón por indemnización debido a daños y perjuicios ocasionadas por la contratación laboral en la que se encuentran trabajando.

HIPÓTESIS



Las prácticas laborales de subcontratación que llevan a cabo los empresarios guatemaltecos van en detrimento de los derechos laborales de los trabajadores que son contratados en condiciones de precariedad, pues no se les paga el salario mínimo ni las prestaciones de ley, lo cual conlleva que los asalariados tienen el derecho de demandar a estos patronos para que les pague una indemnización por daños y perjuicios, pues les menoscaban su patrimonio y les impiden percibir ganancias lícitas establecidas en las leyes laborales.

COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



A partir de haber llevado a cabo la investigación de campo para someter a prueba la hipótesis, la misma fue comprobada a través del uso del método deductivo, encontrando que los asalariados tienen el derecho de demandar a los patronos que los subcontratan para que les paguen una indemnización por daños y perjuicios, por el menoscabo de su patrimonio e impedirles percibir ganancias lícitas establecidas en las leyes laborales, por las prácticas de subcontratación que llevan a cabo los empresarios guatemaltecos las cuales van en detrimento de los derechos laborales.

ÍNDICE



Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Relaciones de trabajo.....	1
1.1. Teorías sobre las relaciones laborales.....	3
1.2. Elementos que permiten consolidar las relaciones laborales.....	5
1.3. Ámbito de aplicación de las relaciones de trabajo.....	11
1.4. Amenazas actuales a las relaciones laborales.....	12

CAPÍTULO II

2. Contratos de trabajo.....	15
2.1. Importancia del contrato de trabajo.....	16
2.2. División de los contratos de trabajo.....	18
2.3. Debilitamiento del contrato de trabajo como garantía de los trabajadores....	21
2.4. Los debates actuales del contrato de trabajo.....	25

CAPÍTULO III

3. La subcontratación laboral.....	29
3.1. Definición de la subcontratación.....	30
3.2. Las formas de justificar la subcontratación.....	33
3.3. Subcontratación y desarrollo o subdesarrollo.....	37
3.4. Mecanismos legales para regular la subcontratación laboral.....	41
3.5. Forma de probar de la naturaleza laboral de la subcontratación de tareas....	45



CAPÍTULO IV

4. Daños y perjuicios.....	47
4.1. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.....	48
4.2. Determinación de los daños y perjuicios.....	51
4.3. Daño emergente y lucro cesante.....	53
4.4. Daños compensatorios y moratorios.....	54
4.5. Daños patrimoniales y morales.....	55
4.6. Daños directos e indirectos.....	57
4.7. Fundamento de la indemnización de daños y perjuicios.....	58
4.8. Oportunidad en que se ejercita la acción de daños y perjuicios.....	59
4.9. La prueba de los daños y perjuicios.....	60

CAPÍTULO V

5. Determinar el pago de indemnización por daños y perjuicios en la subcontratación laboral en Guatemala	63
5.1. Argumentos empresariales para la subcontratación.....	63
5.2. Pago de indemnización por daños y perjuicios al trabajador.....	66
5.3. Pago de indemnización por daños y perjuicios por subcontratación laboral...	71
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	79
BIBLIOGRAFÍA.....	81



INTRODUCCIÓN

El contenido de la tesis está determinado por la actualidad del tema de la subcontratación laboral, especialmente porque la misma se lleva a cabo por muchas empresas guatemaltecas, aunque la misma no está regulada, lo cual implica una abierta violación a los derechos laborales de los trabajadores, pues se les niega el pago del salario mínimo y de las prestaciones de ley, perjudicándoles en su patrimonio.

Ante esta problemática se planteó como hipótesis, la que fue debidamente comprobada, que los asalariados tienen el derecho de demandar a los patronos para que les pague una indemnización por daños y perjuicios, pues les menoscaban su patrimonio y les impiden percibir ganancias lícitas establecidas en las leyes laborales.

Los objetivos se orientaron a determinar las características de la subcontratación laboral, las relaciones de trabajo y los daños y perjuicios en el ámbito del derecho laboral, así como los elementos jurídicos que determinan la indemnización por daños y perjuicios para los trabajadores subcontratados.

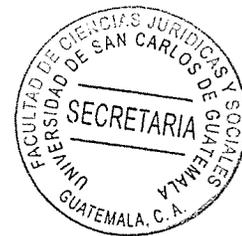
El contenido capitular consta de cinco capítulos, siendo elaborado el primero en torno a las relaciones de trabajo, los elementos que permiten consolidar las relaciones laborales y las amenazas actuales que las mismas enfrentan; el segundo, está orientado a explicar los contratos de trabajo; el tercero, permitió la explicación de los elementos esenciales de la subcontratación laboral, las formas que los empresarios a nivel mundial justifican la existencia de la misma y los mecanismos legales que se buscan establecer a través de la Organización Internacional del Trabajo para regular la subcontratación de trabajadores en el mundo.

En el cuarto capítulo, se desarrollan los aspectos jurídicos de los daños y perjuicios, la procedencia de los mismos, la diferencia entre ellos y los fundamentos para la indemnización que los mismos generan; en el quinto se establecen los principales elementos relacionados con la indemnización por daños y perjuicios en ramo laboral, las distintas regulaciones sobre el pago de indemnización al trabajador y la manera en que



la subcontratación laboral afecta el patrimonio y las ganancias lícitas de los trabajadores, así como el derecho de estos de exigir indemnización por daños y perjuicios por el menoscabo a su patrimonio y la afectación de ingresos lícitos por el tipo de relación laboral en que trabajan.

Para obtener la información requerida, se utilizaron las técnicas bibliográficas y documentales, para revisar libros y leyes relativos a los daños y perjuicios, las relaciones laborales y la subcontratación; luego, se acudió al método deductivo para establecer los principios jurídicos sobre los daños y perjuicios; el inductivo con el propósito de explicar la subcontratación laboral; el descriptivo para transcribir la regulación legal sobre los casos donde procede la indemnización por daños y perjuicios y el analítico para exponer el derecho a indemnización por daños y perjuicios para los trabajadores subcontratados.



CAPÍTULO I

1. Relaciones de trabajo

La elaboración de este capítulo se orienta hacia la explicación del sentido jurídico que los autores citados le asignan a las relaciones laborales, para lo cual se describen las teorías que abordan el tema, los elementos o fundamentos que le dan sentido a esas relaciones, el ámbito de aplicación de dichas relaciones y las amenazas actuales que los analistas de distinta corriente de pensamiento jurídico le asignan a las relaciones sociales, aspectos que conforman los elementos teóricos que le dan sentido a la explicación del tema de tesis porque aunque haya subcontratación laboral, también existe una relación laboral.

“Estas relaciones pueden ser individuales o colectivas, de modo que los actores pueden estar directamente implicados o bien pueden relacionarse por medio de sus representantes, como pueden ser los grupos, los sindicatos de asalariados, las organizaciones empresariales o bien las instituciones del Estado. Asimismo, estas relaciones pueden ser informales y formales, tales como acuerdos, convenios colectivos, reglamentos, leyes, entre otros”.¹

El concepto de relaciones de trabajo o laborales se utiliza comúnmente para nombrar las prácticas y las normas que definen las relaciones entre los asalariados, los empleadores y el Estado en diferentes ámbitos: dentro de una empresa, una rama de actividad, un

¹ Martín Artiles, Antonio. **Teoría sociológica de las relaciones laborales**. Pág. 12.



territorio determinado o la economía en general, en donde interactúan estos actores, principalmente los empresarios y los trabajadores, participando de manera complementaria el Estado.

La extensa definición de las relaciones laborales citada permite establecer un campo de investigación científica en cuyo seno los especialistas pueden optar por ciertos temas de investigación, como pueden ser el estudio del movimiento sindical, de las asociaciones empresariales, los conflictos laborales, la negociación colectiva y otros, puesto que las relaciones laborales han surgido y evolucionado con el proceso de industrialización en los países occidentales a partir de mediados del Siglo XVIII.

La expresión relaciones laborales tiene como antecedente la expresión anglosajona *Industrial Relations*, que aparece hacia finales del siglo XIX. Dicho término aparece por primera vez en 1885 y se consagra como expresión hacia 1924, con la creación de un departamento de relaciones industriales en el Ministerio de Trabajo británico. Doce años más tarde, también en Estados Unidos, se creó una Comisión de Relaciones Industriales por encargo del presidente William Howard Taft para analizar las causas de un conflicto laboral, así como proponer los medios para remediarlo”²

O sea que la acción organizada de los trabajadores, la legalización de los sindicatos y el surgimiento de dependencias de mediación en el conflicto han sido fundamentales para el desarrollo de esta disciplina, especialmente en Estados Unidos y en Inglaterra, el

² *Ibíd* Pág. 13.



desarrollo de los sindicatos y la agitación social generada a principios del Siglo ~~XX~~ propiciaron un interés político y académico por la investigación, muchas veces auspiciada por los empleadores, por los gobiernos y los institutos de estudios especializados en temas laborales.

Aun así, en Europa las relaciones laborales no han tenido el mismo estatuto que en el área inglesa, pues las mismas han sido fragmentadas por varias disciplinas, como la sociología, la economía, la psicología social, el derecho y la ciencia política, de ahí que los enfoques y las perspectivas, así como su organización académica, haya sido diferentes; sin embargo, en la actualidad cada vez tiene lugar un diálogo más importante entre estas disciplinas, especialmente a partir de que en el Siglo XXI, las condiciones económicas han cambiado significativamente en relación a como eran en el Siglo XX, donde la relación de trabajo determinaba la dinámica económica de los países.

1.1. Teorías sobre las relaciones laborales

Luego de la lectura de distintos autores, tal el caso de la francesa Margaret Maruani quien escribió el libro de la sociología del trabajo a la sociología del empleo, el tesista expondrá; el autor alemán Max Weber cuyo libro Economía y Sociedad, del mexicano Enrique de la Garza Toledo, quien escribió el artículo denominado el papel del concepto del trabajo en la teoría social del Siglo XX y la española Nekane Ramos Álvarez, quien escribió el libro orígenes y evolución histórica del derecho laboral español, los cuales fueron la base de estudio que permitieron realizar la síntesis sobre las teorías de las relaciones laborales, que se explican en la presente reflexión.



A partir de la institucionalización de la negociación colectiva se han ido generando investigaciones de juristas y sociólogos durante los años 50 y 60 del Siglo XX, periodo en el cual se fueron demarcando cuatro teorías diferentes, siendo la primera la estructural-funcionalista; la segunda, la escuela europea; la tercera, la teoría neoweberiana y la cuarta, la teoría interaccionista.

El enfoque estructural-funcionalista es de origen norteamericano, destacándose por el análisis del papel de las instituciones sociales en la regulación del mercado de trabajo, circunstancia que también constituye una alternativa analítica a la visión de la economía tradicional, así como la variante teórica denominada funcionalismo conflictivista, que aporta una visión distinta y positiva del conflicto industrial, al exponer que el estudio de la conflictividad permite plantear soluciones para mejorar el ambiente laboral y con ello alcanzar los fines de la empresa, resultando favorecidos patronos y trabajadores.

La teoría europea revisa las posiciones del marxismo clásico sobre el resurgimiento del conflicto de clases, el papel del movimiento obrero, las organizaciones sindicales, la organización y las condiciones de trabajo, la cual fue muy influenciada por las luchas sociales y sindicales ocurridos en Francia e Italia entre 1960 y 1970.

En el caso de la escuela neoweberiana, su diferencia es que se ha ocupado de las teorías del neocorporatismo para tratar de explicar el papel de las organizaciones sindicales, empresariales y del Estado en el capitalismo avanzado, buscando las explicaciones racionales de acuerdo con la teoría de Max Weber, quien fue un sociólogo que aportó sus ideas a finales del Siglo XIX y principios del XX, en relación a la manera en la cual



se debía analizar la realidad social, para lo cual aportó el método del tipo ideal, que consistía en establecer la manera en que las relaciones sociales debían darse, para que fueran racionales y contribuyeran al desarrollo de la sociedad.

Por último, la escuela de pensamiento relacionada con la perspectiva de la teoría interaccionista y de las ciencias del comportamiento, que prestan atención a temas como la gestión del conflicto y a los procesos de negociación colectiva en el nivel micro, teniendo como elemento específico de esta línea de estudio que la misma guarda estrecha relación con la psicología.

El contexto social en el cual se desarrollan estas escuelas que explican las relaciones laborales, es el de expansión de las relaciones industriales y materias afines como disciplina académica en universidades, centros de investigación, fundaciones privadas e instituciones públicas, lo cual permite que también aumente el número de revistas y otras publicaciones laborales, situación que permite realizar aportes teóricos para fortalecer el derecho del trabajo en cada país, así como explicar las dinámicas laborales que la realidad económica va imponiendo.

1.2. Elementos que permiten consolidar las relaciones laborales

La Real Academia Española RAE, define que los elementos en ciencia significan fundamento, móvil o parte integrante de algo, así como primeros principios de la ciencia y el arte, tomando en cuenta esta definición, se entiende como elementos de las relaciones de trabajo o prestación de servicio; la subordinación y la remuneración, que



permiten consolidar las relaciones laborales, sus partes integrantes o lo que fundamenta la existencia del derecho laboral, tales como los sindicatos, los convenios colectivo, pactos colectivos o reglamentación legal vigente, que permite la existencia y reproducción de esas relaciones, porque al reproducirse estas sin conflicto, favorecerá tanto a trabajadores como empresarios.

En el desarrollo de las relaciones laborales tuvieron un fuerte impacto los sindicatos, los convenios colectivos y la reglamentación del trabajo por vía legal; es decir los elementos o fundamentos que han permitido la existencia de una forma de organizar y conducir el conflicto en la empresa y de los trabajadores con el Estado, así como las normas de regulación del trabajo, los procedimientos de negociación y las formas de regulación colectiva, lo que se pudo dar a partir de la acción combativa de los obreros durante finales del Siglo XVIII y casi todo el Siglo XIX, hasta que obligaron a los estados europeos a crear legislaciones laborales.

Por consiguiente, la resolución de esos conflictos implicaba una representación de los trabajadores en términos de organizaciones de carácter gremial, profesional y de categorías laborales diferentes sin que ello comporte una unidad orgánica, porque se entiende que las relaciones laborales son básicamente relaciones económicas basadas en la negociación como forma de regulación conjunta; esta realidad, permite comprender que el conflicto de intereses tiene raíces económicas y es coyuntural, temporal, que este no es permanente ni estructural, por lo que se puede orientar su resolución en función de normas y reglamentos del trabajo con carácter obligatorio para empleadores y trabajadores.



Es decir que, como resultado de lo expuesto en los párrafos anteriores el **tesista** considera que la negociación colectiva es un método de formulación de normas y de reglamentación de las sociedades modernas y pluralistas, siendo los procesos de formulación de normas claras limitaciones normativas sobre la acción, ya que tienen su origen en premisas éticas y morales, las cuales deben estar presentes en la negociación colectiva laboral para que la misma sea legítima, puesto que significa la existencia de negociadores que representan realmente al sector que representan.

La negociación colectiva también es entendida como un procedimiento dinámico de adaptación de las instituciones al entorno cambiante, por lo que el principal objeto de esta es la equidad y el orden en el nivel micro; es decir, en cada centro de trabajo, lo cual puede ser una fábrica, un supermercado u otra empresa individual o colectiva, por lo que los efectos de esa negociación colectiva en los centros de trabajo, es la que consiguen negociando empleadores y trabajadores de manera colectiva como forma de regulación conjunta, de lo cual ha surgido el pacto colectivo como ley entre las partes.

“La negociación colectiva tiene como fundamento la ética y la moral laica como condición necesaria para la cohesión social, porque se vincula con la idea de justicia social, que tiene sus raíces en la moral y en la cultura, de modo que la negociación de salarios y condiciones de trabajo se vincula con valores de índole superior, como son la justicia social y la noción de equidad, en donde el aspecto reglamentista es un rasgo esencial de las relaciones laborales”.³

³ Andrade Jaramillo, Verónica. **Cambios en las relaciones de trabajo**. Pág. 8.



Es importante exponer que, debido a esta negociación colectiva, las relaciones laborales particulares entre patronos y asalariados tienen normas e instituciones de regulación, tal es el caso del pacto colectivo de condiciones de trabajo y los reglamentos internos, de higiene y otros, por encima de otros métodos de reglamentación externa del trabajo, como las normas, reglamentos y leyes del Estado que son de observancia general.

De igual manera, es a partir de la negociación o mediación pacífica de los conflictos laborales, que derivado de ello surgen representaciones de trabajadores organizados por oficios, categorías laborales y profesiones, tanto a nivel municipal, departamental y nacional, permitiendo una mayor autonomía de las partes, así como el alto grado de descentralización de la conciliación laboral.

Esta práctica de resolver los conflictos laborales surgido entre patronos y trabajadores a través de la negociación, ha permitido considerar el derecho del trabajo como un derecho colectivo para mitigar las diferencias de poderes que supone el derecho individual, aunque, de hecho, el derecho formal está impregnado de esta lógica individualista, lo que oculta habitualmente la autonomía de las partes en la generación de normas propias de la empresa como menor tiempo de comida que la legalmente autorizada por las leyes de trabajo, salarios inferiores a los que la ley establece, entre otras, que no han sido negociadas por los agentes sociales.

“La interacción entre empresarios y trabajadores, a partir de su propia autonomía, lleva a formular códigos de conducta y mecanismos de procedimiento para llevar a la práctica ese derecho jurídico-formal o bien generar normas y reglas para situaciones concretas



en la práctica cotidiana de las relaciones de trabajo; pues, las relaciones laborales no son meramente relaciones jurídico-formales entre individuos; se trata de relaciones colectivas que surgen mediante la creación espontánea de un poder social por parte de los trabajadores y como medio de contrapeso al poder normativo y decisorio del empresario”.⁴

De ahí que se pueda considerar que, por medio de las normas negociadas, de las costumbres y hábitos se genera el derecho colectivo, el cual permite disminuir las desigualdades de poder entre patronos y trabajadores, el cual, en la práctica, tiene un carácter dinámico, que depende de la interacción entre empresarios y representantes de los asalariados, pero también de la intervención de los grupos informales.

Es decir que la acción colectiva es creadora de normas, además de reguladora de las actividades de trabajo y estabilizadora de los conflictos de intereses, lo cual permite que el sindicalismo juegue un papel institucional y regulador del mercado de trabajo, porque el conflicto, en particular la huelga, supone el reconocimiento de intereses comunes de los trabajadores y contrarios a los intereses del capital, así como la generación de un sentimiento de solidaridad colectiva laboral y crítica frente al individualismo que presupone la economía liberal.

Desde esta perspectiva se considera que los trabajadores, por medio de las prácticas cotidianas, introducen leyes consuetudinarias, reglas y normas sobre el trabajo, que les

⁴ *Ibíd.* Pág. 9.



permiten defenderse y contribuir a controlar las condiciones de trabajo y de empleo, siendo el sindicalismo una reacción defensiva ante las condiciones iniciales de la industrialización y para lograr que se garanticen los salarios y prestaciones laborales reguladas en las leyes de trabajo.

Asimismo, es de tener en cuenta que los sindicatos tienen un grado suficiente de madurez, que se expresa en la mentalidad sindical, en la capacidad de la organización obrera para desarrollar de forma autónoma estrategias con objetivos propios, lo que les permite ser instituciones portadoras de una conciencia moral y valores éticos, que impulsan acciones que van más allá del trabajo, como pueden ser la creación de instituciones de asistencia social.

El conflicto de intereses entre capital y trabajo, pero también la interacción y la negociación entre estos dos actores son generadoras de normas implícitas y explícitas que permiten construir el orden social en las empresas y en la sociedad, especialmente en los países donde el movimiento sindical tiene fuerte presencia y es apoyado por grandes cantidades de trabajadores, especialmente si se enfatiza en la defensa de los puestos de trabajo y la mejora de las condiciones de empleo, lo cual ha permitido obtener mejoras en los salarios y las prestaciones laborales de los empleados.

A partir de esta visión gremialista, se fueron redefiniendo sindicatos de trabajadores que orientaron sus objetivos de negociación colectiva para lograr la integración de los trabajadores y propiciar la participación en el trabajo, que significaba impulsar la concepción de la empresa como una comunidad de intereses compartidos entre capital



y trabajo para crear una identidad común en relación con los objetivos de la empresa pero que, a su vez, permitieran el desarrollo económico de los trabajadores.

Esta búsqueda de la participación laboral tenía entonces el significado de crear las condiciones necesarias para estimular la motivación y el interés por el trabajo por medio de los grupos informales; es decir, en cierto modo se trataba de superar la visión mecanicista de la organización del trabajo, pues la finalidad perseguida se orientaba a reducir la conflictividad y aumentar la productividad, de ahí que esta postura sindical también se le llama política de relaciones humanas para acrecentar la productividad.

1.3. Ámbito de aplicación de las relaciones de trabajo

Además de la respuesta normativa frente a la falta de protección de los trabajadores que de hecho están en una relación de trabajo que puede ser ambigua o encubierta, ha existido también una sostenida tendencia en la jurisprudencia en el sentido de aplicar el enfoque tradicional de la relación de trabajo a situaciones nuevas y complejas, como redefinir con precisión el ámbito de la relación de trabajo o establecer mecanismos de ajuste de la ley de acuerdo con las necesidades económicas cambiantes.

“La legislación adoptada en algunos países desde fines del Siglo XX contiene disposiciones que reenfocan la relación de trabajo para extender el ámbito de aplicación de la ley y por tanto su protección a nuevas categorías de trabajadores; para combatir las relaciones de trabajo encubiertas o fraudulentas y mejorar el cumplimiento de la ley; y para aliviar la carga de la prueba del trabajador, cuando existe fraude o de ley, en



particular cuando debe demostrar la existencia de una relación de trabajo en un caso determinado”.⁵

Asimismo, se ha ido diferenciando entre el trabajo dependiente y el independiente o la combinación de los dos como una práctica única, así como se han creado disposiciones legales para regular cierto tipo de trabajo que anteriormente había sido definido de manera inadecuada en las leyes o no se había considerado una forma específica o particular de trabajo que ameritara regulación alguna, tal el caso del teletrabajo, así como las entregas a domicilio o de los centros de llamadas, entre otros, que han surgido a partir de las realidades económicas que el mundo en general presenta y que se manifiesta de diferente manera en cada país.

1.4. Amenazas actuales a las relaciones laborales

De acuerdo a doctrinarios de distintas posturas teóricas o escuelas de la sociología del trabajo y del derecho del trabajo, especialmente los artículos, folletos y libros que ha publicado la Organización Internacional del Trabajo OIT, salvo los doctrinarios favorables a los empresarios, una de las principales amenazas que en la actualidad enfrentan los trabajadores y, como consecuencia, las relaciones laborales, es la precarización del trabajo y el cambio en el funcionamiento de las organizaciones representativas de los trabajadores, especialmente los de la empresa privada; es decir, la disminución drástica del salario y las prestaciones laborales.

⁵ **Ibíd.** Pág. 12.



La precarización se refiere al empobrecimiento de las condiciones de trabajo que afectan el bienestar a corto y largo plazo del sujeto, incluso en aspectos vinculados con estudiar, establecerse con una pareja y pensar en tener hijos, porque la misma se apoya en la flexibilización de las regularidades propias del mundo del trabajo construidas hasta después de finales del Siglo XX, que conllevó a la flexibilización de los aspectos legales, que implica incertidumbre respecto a la permanencia en el puesto de trabajo, e incluso en el mercado de trabajo en general.

Este empobrecimiento de las relaciones de trabajo resulta siendo una manifestación de la desprotección del ciudadano por parte del Estado, que ha generado la idea de que el sujeto es responsable por su ingreso y continuidad en el mercado de trabajo, idea que se fortalecen al privilegiarse los resultados por encima de los procesos de trabajo y el bienestar de los trabajadores, lo cual recuerda los comienzos de las relaciones laborales en una sociedad predominantemente liberal.

“Adicionalmente debe mencionarse el impacto de las multinacionales industriales que se mueven alrededor del mundo buscando mano de obra barata, y que promueven la división internacional de trabajo, a través de emplear con bajos salarios y condiciones mínimas a ciudadanos de países en vías de desarrollo, que, aunque contando con trabajo, siguen estando en la escala más baja en una comparación internacional de trabajadores, donde las obligaciones con los empleados son un asunto más negociado que estable, garantizando con esto ambigüedad e incerteza en las relaciones laborales”.⁶

⁶ Antunes, Roberto. **El mundo precarizado del trabajo y sus significados**. Pág. 55.

Esta precarización y el debilitamiento de la organización sindical de los trabajadores favorecen la aparición de otras manifestaciones de trabajo, como por ejemplo, que el mercado de trabajo dejó de centrarse en el sector industrial, a generarse múltiples trabajos en el sector servicios, apoyado a su vez en un mercado donde se pueden crear valores de cambio que no se concebían como posibles, lo cual conlleva a que se esté dando una reducción de los trabajadores en todos los sectores de la economía, los cuales son desplazados por un nuevo asalariado con trabajos precarizados.

“En este contexto, de un mercado de trabajo atravesado por lo simbólico, apoyado, además en el desarrollo tecnológico y la globalización, se hacen posibles formas de trabajo inexistentes pocos años atrás sostenidos en la virtualización como el teletrabajo, donde no se hace necesaria una localización específica para trabajar y donde el trabajador cubre los costos ocultos que se ahorra la organización al permanecer en su hogar en el horario de trabajo como es el consumo de servicios públicos”.⁷

De acuerdo con la realidad económica y laboral, puede favorecer la presencia y fortalecimiento de modalidades como la prestación de servicios a otras empresas, la tercerización de actividades que pueden trasladarse a otro empresario y los trabajos que cuentan con principios cooperativos de asociatividad, que traen implicaciones diversas a los trabajadores y las relaciones laborales, aunque lo importante será siempre la posibilidad de que los trabajadores tengan un contrato de trabajo que les permita tener una garantía de lo que tendrá como contraprestación su fuerza laboral.

⁷ *Ibíd.* Pág. 56.



CAPÍTULO II

2. Contratos de trabajo

Teniendo en cuenta que una relación laboral debe estar registrada en un contrato de trabajo y que este ha sido un tema fundamental para establecer las condiciones en que se recibirán las contraprestaciones de parte del patrono frente a la entrega de la fuerza de trabajo del asalariado, en este capítulo se describirá la importancia del contrato de trabajo, la división de los mismos, el debilitamiento de este y el debate actual sobre el contrato laboral, sirviendo, obviamente, de base académica la bibliografía citada en este capítulo, los textos citados son sobre el contrato laboral y el cambio de la forma de contratación como resultado del debilitamiento del contrato de trabajo en la mayoría de países.

El surgimiento del contrato de trabajo fue el resultado de los procesos de cambio que siguieron al auge de la revolución industrial y el establecimiento de gobiernos favorables a los empresarios, pues primero se consolidaron las relaciones de trabajo originadas por la industria, así como sus referentes institucionales, encuadrándose estos aspectos en el derecho común o derecho civil, pues era el único, en donde se podían dirimir las diferencias entre trabajadores y empleadores.

Es decir que, ante la falta de un derecho y una legislación específica, las leyes civiles encauzaban los diferendos laborales, dado que no consideraban las diferencias que entre las partes existían, tanto en el nacimiento de su relación contractual como en el



desarrollo de la misma, afectando con ello a los trabajadores, como la parte más débil y en desventaja en la negociación de un empleo en esa época.

2.1. Importancia del contrato de trabajo

Ante las limitaciones existentes en las leyes civiles, especialmente a partir de establecer que únicamente las cosas que estaban en el comercio pueden ser objeto de contratación, llevaron a la búsqueda de una figura jurídica que permitiera establecer los elementos jurídicos distintivos de las relaciones laborales, lo cual permitió luego de décadas de discusión el surgimiento del contrato de trabajo.

A partir de la consolidación del contrato de trabajo como institución básica del derecho del trabajo, desde mediados del siglo XIX, han existido distintos planteamientos y distintas ciencias relacionadas con el estudio sobre su existencia, importancia y características, lo cual le ha asignado un perfil específico, pero ha sido especialmente la teoría jurídica laboral quien le ha determinado sus características esenciales.

“Para los sociólogos, el contrato de trabajo es la forma jurídica como se regula la adquisición de la fuerza de trabajo y es el mecanismo jurídico, que a diferencia de otros contratos, contiene como elemento fundamental la subordinación de una de las partes contratantes sobre la otra; mientras que para los juristas, el contrato de trabajo es la modalidad para adquirir la calidad de asalariado y el campo del trabajo”.⁸

⁸ Castillo Reinoso, Carlos. **Los contratos de trabajo**. Pág. 49.



Asimismo, la dinámica y las diversas formas que adquirieron las relaciones laborales obligaron a los académicos y, especialmente a los legisladores a considerar que en estas, las maneras en las cuales puede organizarse el empleador, principalmente si se trata de personas jurídicas, aceptando que el consentimiento en el contrato de trabajo lo diera el representante de la empresa.

De esta manera, la posibilidad de establecer compromisos y obligaciones en materia laboral podía entonces asumirse mediante un consentimiento expresado por las personas que, en nombre del empleador, actuarían en las relaciones para con los trabajadores, por lo que comenzaron a presentarse como portadores del consentimiento del empleador y comprometerlo laboralmente, con lo cual se facilitó la contratación individual e incluso permitió que se produjeran negociaciones sin presencia del patrono.

En el caso de los trabajadores contratados también pueden delegar la negociación de las relaciones laborales en los representantes sindicales de los trabajadores, por lo que estos actúan de acuerdo a lo establecido en la asamblea sindical a partir de lo que la mayoría de asalariados afiliados al sindicato acuerden que debe negociarse con los representantes de los patronos, lo cual conlleva la existencia de convenios, contratos o pactos colectivos, sin que el dueño de la empresa ni todos los trabajadores estén presentes en la discusión.

“Frente a este acotamiento conceptual que las leyes laborales establecen, el legislador ha deseado en muchas ocasiones agregar otros elementos complementarios para incorporarlos al objeto del contrato de trabajo, por ejemplo lo relativo a los resultados y



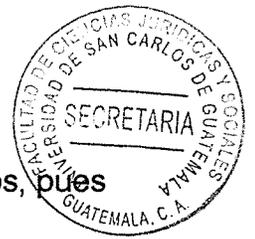
productos obtenidos y derivados del trabajo realizado; en ese sentido se ha dado lugar a instituciones como la participación de los trabajadores en las utilidades y beneficios de la empresa, con la finalidad de ir ampliando poco a poco el objeto del contrato y rescatarlo de ese espacio limitado que en su objeto inicial pareciera tener”.⁹

Es por eso de que, en materia laboral, la prestación del trabajo constituye el objeto del contrato individual y es parte integrante de los convenios y pactos colectivos, en donde las partes aparecen claramente diferenciadas en cuanto al objeto que persiguen: por un lado, la realización de un trabajo mediante la inversión del esfuerzo físico o intelectual, y por otra parte el compromiso de dar una contraprestación, un pago, por dicha labor, lo cual se complementa con lo regulado legalmente y lo que se puede negociar entre los sujetos del contrato.

2.2. División de los contratos de trabajo

Los contratos individuales de trabajo surgieron a la vida jurídica para resolver básicamente las necesidades permanentes y las necesidades coyunturales u ocasionales en las actividades económicas industriales y comerciales que surgieron y se reprodujeron con el desarrollo del capitalismo, a cada una de las cuales le correspondía un tipo de contrato, en el primer caso el de duración indeterminada, lo cual se entiende por lo permanente de la plaza para la que eran contratados los trabajadores y, en el segundo, el de duración u obra determinada, pues tenía un tiempo de vencimiento.

⁹ **Ibíd.** Pág. 50.



Esta división de los contratos de trabajo se ha mantenido invariable durante años, pues se ajustaba al contexto económico de muchos países; asimismo porque al prevalecer el contrato laboral de tiempo indefinido, el cual se refiere a que el trabajador estará en relación de dependencia con el patrono, ha sido positivo para los trabajadores, por lo que es protector de la estabilidad en el empleo que pretende el derecho del trabajo.

Se trata de una práctica laboral pilar del derecho del trabajador, pues en la medida que este permanece por todo el tiempo en su empleo y sólo de manera excepcional y muy controlada y regulada, tiene que abandonar ese espacio en la empresa, principalmente por renuncia, aunque puede ser también por despido justificado.

Como se aprecia, la duración indeterminada de los contratos individuales es un valor consustancial al derecho del trabajo, por lo que ha sido regulado, resguardado y protegido por las normas laborales en la mayor parte de países democráticos a pesar de las embestidas empresariales para quitar la estabilidad laboral, con el argumento de que las relaciones laborales debieran regirse por la productividad de la mano de obra.

Es más, a mediados del Siglo XX, la idea de estabilidad en el empleo justificó la construcción de todo un esquema de contratación que tendría de base el derecho de los trabajadores a permanecer en su empleo por todo el tiempo que hubiese materia de trabajo y sólo de manera excepcional podría ser separado del mismo, para lo cual se debían cumplir requisitos de fondo y forma, situación que duró hasta finales de ese Siglo, puesto que la crisis económica internacional, la globalización y sus consecuencias, llevó a que se replanteara el contrato de trabajo como se conoció en el Siglo XX.



“El esquema de la contratación indefinida se vería completado con otras instituciones, tales como la sustitución patronal, las acciones de prórroga y de planta, la limitación de los contratos a prueba, etcétera, que buscaban apuntalar aquella idea inicial de la estabilidad en el empleo, pero el eje básico y articulador del sistema de contratación individual sería el tiempo indeterminado. Este tipo de duración se daría siempre que subsista la materia de trabajo, pero además aplica en todos aquellos casos en los cuales el contrato de trabajo no haga mención respecto del tipo de duración o bien no exista contrato alguno, pues su existencia física no es indispensable”.¹⁰

Por eso es de que en los países donde existen leyes laborales progresistas, se asume un esquema de un solo tipo de contrato individual, en cuanto a su duración, el cual es el de tiempo indeterminado, aunque se aceptan algunas excepciones como son el de tiempo determinado y la obra determinada, aunque en estas modalidades la ambigüedad no ha sido descartada y por lo tanto ha sido fuente de conflictos, ya que en ambos casos, se ha dejado abierta la posibilidad de que haya diversas interpretaciones, aunque la jurisprudencia ha insistido que lo temporal en los contratos de trabajo debe tratarse de situaciones excepcionales.

Es de relacionar que desde hace varias décadas se ha entendido doctrinariamente y en las legislaciones laborales como la de Guatemala, que es la relación de trabajo entre los patronos y los trabajadores la fuente de los derechos laborales, por lo que no importa si falta el contrato de trabajo por escrito, pues su ausencia no priva al trabajador de los

¹⁰ *Ibíd.* Pág. 51.



derechos que deriven de las normas del trabajo, tales como gozar de un salario, menos, cuando se refiere a su reconocimiento como trabajador ni a su continuidad indefinida como asalariado.

2.3. Debilitamiento del contrato de trabajo como garantía de los trabajadores

Durante todo el Siglo XX la figura del contrato de trabajo fue uno de los más importantes logros del derecho laboral en la búsqueda de la consolidación de sistemas de protección de los trabajadores en el mundo, apareciendo como uno de los pilares a partir de los cuales se construyó el modelo de protección que el derecho del trabajo requería; sin embargo, en el presente sus elementos parecieran estarse debilitando o perdiendo y con ellos la importancia que el mismo tenía en sus primeros años, especialmente el carácter indefinido del mismo, lo cual va en detrimento de los derechos laborales.

Es así que en la mayor parte del Siglo XX, en la mayoría de las legislaciones laborales del mundo, el trabajador fue el actor principal en la relación contractual de trabajo; sin embargo, este claro papel central ya no es en tan clara en la actualidad, pues en ocasiones la identificación del trabajador en la práctica aparece de manera confusa, ya sea porque las características que le asigna el derecho del trabajo no aparecen o porque se establece una relación contractual que oculta el concepto trabajador.

Esta situación se encuentra en muchas demandas laborales en donde los trabajadores buscan que se les reconozca la relación de dependencia que tenían en las relaciones económicas existentes, puesto que en la contratación realizada se les aplica de oficio



una contratación donde se oculta esa subordinación, pues ya no se reconoce como patrono sino como contratador de servicios a una persona que los ofrece a cambio de una retribución, más ya no salario.

De igual manera, se ha vuelto complicada la individualización del patrón pues en la relación laboral aparecen pluralidad de empresas, lo cual conlleva una multiplicidad de relaciones que entabla un trabajador al momento de ejecutar su trabajo, pues se le dificulta responder quién es realmente el empleador, porque que la empresa que los contrató que les realizó un contrato de orden civil, aunque trabajaran en relación de dependencia, pero no en la empresa en la que realizaban su trabajo efectivo.

“Históricamente la línea que dividiría el campo de aplicación del derecho del trabajo del mundo civil, está marcada por la existencia de un elemento de gran trascendencia para el mundo laboral que es la denominada subordinación, la cual significa el reconocimiento legal de que una persona, en este caso un trabajador, tenga que realizar sus labores y actividades con base en los lineamientos y criterios que el empleador le indique, aparte de que a este derecho a indicar del patrón, corresponde también una obligación de obediencia del trabajador; obligación ésta que en caso de no cumplirse lleva a severas sanciones en materia laboral, como el mismo despido”.¹¹

Sin embargo, en el presente, aparte de buscar el ocultamiento de la subordinación, también dificultan a quién se presenta la misma, lo cual se le ha denominado simulación

¹¹ Córdova, Efrén. **Del empleo total al trabajo atípico**. Pág. 29.



de contrato, pues en esencia, continúan existiendo las relaciones laborales entre empresarios y asalariados, pero los patronos buscan ocultarla simulando contratos mercantiles o civiles, cuando en esencia, siguen siendo laborales.

Otro de los elementos que en el pasado tuvo la mayor trascendencia en las relaciones laborales para identificar al asalariado era el salario; sin embargo, este concepto ha ido variando de tal manera que en la actualidad aparece también como un concepto diverso y en ocasiones poco claro.

“En algunos casos se han reforzado conceptos tradicionalmente complementarios al salario por la vía legislativa o jurisprudencial; en algunos países como México, por ejemplo, algunas reformas relativas al derecho a la alimentación de los trabajadores del año 2010 promueven el que las empresas otorguen apoyos alimentarios, por la vía de cupones o vales o directamente en la empresa dando alimentos, fuera del marco jurídico del salario. Se trata de propuestas loables pero que forman parte de este alejamiento de la base histórica y tradicional en que se veía al salario en las relaciones laborales”.¹²

Esta disminución del papel del salario como elemento esencial en la definición del trabajador se realiza a pesar de que, durante el auge de las legislaciones laborales, se abordó y legisló sobre términos y conceptos que permitieran una idea clara de la manera en que se debía reconocer al salario como el eje central de los ingresos que recibía un trabajador; ahora, en muchas empresas, el salario empezó a dejar de ser el protagonista

¹² **Ibíd.** Pág. 30.



en las compensaciones monetarias que recibe el trabajador por su trabajo y si lo es, ~~no~~ cumple con los fines que perseguía cuando fue creada la legislación laboral.

De acuerdo con lo que se ha venido exponiendo, se encuentra que el contrato de trabajo como elemento determinante en la construcción de los derechos de los trabajadores en muchas partes del mundo, hoy presenta debilitamiento porque se llevan a cabo adecuaciones o reformas a las normas laborales, que aun cuando en su origen pretendieron ser protectoras de los trabajadores, son ahora fuente de adecuaciones orientadas a la disminución de los derechos laborales.

Un ejemplo es que, cada vez que en Guatemala se negocia el salario mínimo, lo cual deben hacer las comisiones paritarias cada año, los representantes de los empresarios, señalan que lo que debía plantearse es que no hubiera contrato de trabajo ni salario mínimo sino que se le remunere al trabajador por productividad, pues de esta manera, se premia a los asalariados que se esmeran más en sus actividades frente a los que evitan cumplirlas y quieren ganar el mismo salario.

Lo cual han ido imponiendo en la práctica los empresarios en las nuevas modalidades de trabajo vinculadas a la globalización y a la pandemia del COVID19, como es el trabajo en centros de llamadas, denominados *call center* por su origen en inglés, así como en el servicio de reparto de comida y cualquier otro producto en donde al trabajador recibe ingresos en función de lo que reparte, siendo el salario base muy por debajo del salario mínimo, cuando existe contrato de trabajo y no un fraude de ley en el que le hacen emitir factura como pequeño empresario.



2.4. Los debates actuales del contrato de trabajo

Debido a los cambios en las condiciones laborales que se expusieron en el apartado anterior, el contrato de trabajo también se ha visto afectado, pues de considerársele la base del derecho del trabajo en el Siglo XX, los sectores conservadores han planteado reformas al Código de Trabajo y leyes laborales afines, con la intención de que la relación de trabajo sea retomada desde la perspectiva de la contratación civil, con lo cual pueden evadirse las prestaciones laborales y el cumplimiento de igual salario por igual trabajo en similares condiciones.

“Los cambios al régimen de los contratos de trabajo; si bien en muchos sectores de la economía serían necesarios, muchos de sus pregoneros los presentarían de manera equivocada, al utilizar una argumentación fetichista, al señalar al esquema de contratación laboral como el causante de todos los males de la economía y el gran obstáculo para la creación de empleos, argumentación ésta que no sólo ha sido negada por la realidad, sino que no resiste el más mínimo análisis”.¹³

Frente a los fundamentos para establecer que esa postura de los críticos del contrato de trabajo, entre los que se encuentran los dirigentes de las cámaras empresariales, no tienen validez jurídica, los dirigentes sindicales y los académicos con una orientación social, como defensores del derecho del trabajo en general y del contrato de trabajo en particular fundamentan que estas dos figuras han tenido el rango jurídico de los derechos

¹³ *Ibíd.* Pág. 31.



humanos reconocidos en los tratados y convenciones internacionales e incluso establecido en varias constituciones políticas democráticas, por lo que su carácter es de un derecho supraestatal orientado a la defensa de los trabajadores.

Estos elementos jurídicos laborales permiten comprender que la figura del contrato de trabajo es la primera línea de todo un regimiento de instituciones imbatibles cuya misión es la defensa de los trabajadores en el mundo laboral, por lo que los estados deben garantizar su cumplimiento y evitar que los intereses patronales y el lucro empresarial predomine sobre el derecho humano al trabajo, el cual se materializa en el contrato individual de trabajo de carácter indefinido.

A pesar de esta importancia doctrinaria del contrato de trabajo, la utilización de este se ha debilitado en los centros de trabajo, debilitado por el crecimiento de las jornadas ilimitadas o por modalidades más funcionales y económicas para la empresa, especialmente a partir de la competencia en el mercado y las crisis económicas, lo cual ha ido en detrimento de la contratación laboral como ha sido tradicionalmente.

Ejemplo de este debilitamiento es que la inexistencia de un contrato laboral por escrito era indiferente para la comprobación de la relación laboral y de los derechos del trabajador que estaba al servicio del patrono, porque el hecho de iniciar una labor en un lugar para otra persona daba lugar a la existencia del contrato laboral y la aplicación de las leyes del trabajo, pues en los hechos existía la presunción de una relación de trabajo, por lo que era muy difícil destruir, salvo con prueba en contrario, pero en la actualidad aunque exista contrato de trabajo se le cubre con uno de carácter civil o mercantil.



En la actualidad la presunción de la relación laboral ha venido siendo debilitada principalmente a partir de la simulación de contratos, puesto que mientras exista la supuesta prestación de servicios profesionales o técnicos, si es que existe el contrato mercantil o civil, se lleva a cabo la relación de trabajo, pero ahora es el asalariado quien debe acudir a los tribunales para demostrar la existencia de la misma y que le sea aplicado el derecho laboral y no el común como quieren los empresarios.

Con estos elementos debilitantes de los contratos de trabajo, ha llevado a un temor fundado sobre la modificación de la regulación legal sobre los contratos individuales, para volverlos un mecanismo de disminución de costos y pasivos laborales a través de formas civilistas o mercantilistas de contratación o para el uso abusivo de las contrataciones temporales en las empresas, las cuales han dejado de usar el carácter indefinido de la relación laboral.

Se aprecia que con estas prácticas empresariales se viola la legislación del trabajo, ya que las obligaciones laborales nacen desde que inicia el trabajo una persona en una empresa, porque existe relación de dependencia, subordinación y salario, aun cuando se les trate de dar otra interpretación favorable al empleador para evitar las obligaciones establecidas en las leyes vigentes en favor de los asalariados; asimismo, se llevan a cabo prácticas de subcontratación laboral por parte de las empresas, como una forma de evitar tener que pagar prestaciones laborales.





CAPÍTULO III

3. La subcontratación laboral

Este capítulo servirá para exponer los aspectos jurídicos relacionados con la subcontratación laboral, como una forma de relación de trabajo que se ha implementado en las últimas décadas a partir de la flexibilización de las relaciones de trabajo, debido a que los patronos buscan disminuir los costos laborales para tener productos más competitivos a partir de ofrecer precios más bajos sobre los productos; es por eso que se expone la forma de justificar la subcontratación laboral, así como la naturaleza de la subcontratación de tareas laborales.

A partir del debilitamiento del contrato de trabajo ha surgido como una tendencia en las relaciones laborales la subcontratación, la cual también se le denomina flexibilidad laboral, tercerización o trabajo no registrado, que en esencia significa la práctica de los empresarios de descargar sus obligaciones laborales de los trabajadores a su servicio, quienes, sin el apoyo de las garantías del contrato de trabajo, quedan sometidos a las condiciones de los contratos del derecho civil.

Como consecuencia de esta práctica de subcontratación laboral se suprimen las principales conquistas de los trabajadores que vienen desde mediados del Siglo XIX, como son la jornada laboral, el tiempo indefinido y el salario, así como otra serie de derechos como la salud ocupacional y la formación laboral, entre otras, lo cual conlleva a que muchos trabajadores se hagan cargo de su propia seguridad social.



3.1. Definición de la subcontratación

A la existencia de una empresa con trabajadores que realizan tareas para otra empresa o únicamente suministra trabajadores para que trabajen en las instalaciones, poniéndolos al mando del personal de la empresa que subcontrata se le denomina subcontratación laboral, tercerización o externalización.

A nivel teórico se discute si en lo que se entiende por subcontratación, el trabajo es temporal o permanente, si se trata de actividades auxiliares o vinculadas al giro principal de la empresa o son las principales, así como si se puede distinguir entre realizar una obra o servicio para la subcontratante, pero con trabajadores al mando de un subcontratista o bien realizadas por trabajadores autónomos al mando de un enganchador, a lo que se agrega el análisis del papel que asume la intermediación por medio de agencias de colocación o enganchadores que no dirigen a los trabajadores.

“Un comentario especial merecen las cooperativas de trabajo que como cooperativas de trabajo son asociaciones civiles, en las que los trabajadores son socios y no empleados, pero que contrato mercantil ofrece a la subcontratante la mercancía trabajo, sin generar relación laboral ni en la cooperativa ni en el trabajo subcontratado. Teóricamente el trabajo de los cooperativistas podría ser interno o externo, al mando de la cooperativa o de la subcontratante, en tareas conexas o centrales, aunque por ahora serían más frecuentes las internas a la empresa que subcontrata”.¹⁴

¹⁴ Iranzo, Consuelo. **Las implicaciones de la subcontratación laboral**. Pág. 39.



Este caso de la cooperativa implicaría, en todo caso, una estrictamente relación mercantil, en la medida que, si existe realmente el trabajo autónomo de los asociados y no hay ninguna relación laboral, pues no se cumple con uno de los elementos esenciales de esta; sin embargo, en los otros casos que trabajan con intermediarios o de empresas subcontratistas que dirigen a sus trabajadores la relación de dependencia no desaparece, sino existe esta con la agencia de colocación o con el subcontratista.

Para los trabajadores la subcontratación significa la degradación de sus condiciones de trabajo, del salario, la seguridad en el empleo y mayores cargas de trabajo y pérdida de sus derechos laborales colectivos tales como la seguridad social, la sindicalización, la huelga y la contratación colectiva; asimismo, estas condiciones de inseguridad laboral los hace perder identidad con su empresa, les provoca tensión, ansiedad e insatisfacción, lo cual tiene impactos en su productividad, condiciones que les afectan al ser evaluados para determinar si continúan laborando para la subcontratadora.

Desde el punto de vista empresarial, se señalen como ventajas de la subcontratación, los menores costos de mano de obra, la posibilidad de contratar actividades muy especializadas que no resultarían rentables para la empresa tenerlas como permanentes, así como mirar a la subcontratación como proceso de aprendizaje de las compañías subcontratadas y sus trabajadores, sin que signifique costos extras como las prestaciones laborales para los subcontratantes.

“Entre las desventajas para la subcontratante más comúnmente mencionadas estarían: la pérdida de control de la subcontratante con respecto de la subcontratada a pesar de



las auditorías de calidad; el problema de que la subcontratación implica segmentar tareas y si esta segmentación no se traduciría en pérdida de coordinación entre los segmentos; si encargar tareas que antes realizaba la empresa a otros no afecta el sentido de organización; en la subcontratación que implica servicios de información o investigación y desarrollo, si habría problemas con el secreto e incluso con las patentes”.¹⁵

Asimismo, algunos empresarios, especialmente de las grandes compañías se preguntan qué tan conveniente es para una empresa comprar los servicios a terceros, considerando que, aunque el subcontratista funcione por pedido de la subcontratante y bajo vigilancia, resulta inevitable que esta tome algunas decisiones que no necesariamente visualizan los objetivos económicos de quien los contrata, por lo cual deciden no subcontratar todo lo que hace una empresa por sus efectos negativos y si subcontratan mantienen el control sobre las actividades principales de la misma y solo externalicen las conexas.

Para dejarlo claro, se sintetiza lo expuesto en todos los párrafos de este apartado, en el sentido de exponer que la subcontratación es una práctica empresarial en donde una empresa, adquiere los servicios de otra empresa, para que esta realice actividades laborales que antes se llevaban a cabo en la empresa contratante pero significaban pago de prestaciones y pasivos laborales que incrementaban los costos fijos, para lo cual a partir de la subcontratación, se le contrata sobre un precio determinado a otra empresa para que esta realice el trabajo a menos costos para el contratante, tal el caso del servicio de limpieza de los edificios, la fabricación de determinadas prendas o piezas, entre otros.

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 40.



3.2. Las formas de justificar la subcontratación

Las formas de justificar la subcontratación en todos los países se apoyan en la teoría de costos de transacción, la cual se orienta a establecer que las empresas deben establecer el valor monetario que conlleva la esfera de circulación de los bienes y servicios, teniendo como escenario los mercados, para lo cual llevan a cabo búsqueda de información sobre precios, calidad del producto y mano de obra, con la finalidad de establecer que resulta más barato para la empresa y, por lo tanto, un incremento en sus ganancias, contratar a otra empresa para que lleve a cabo uno o varios procesos de todos los bienes o servicios que ofrece en el mercado.

Con esta subcontratación, conocida también como externalización, tercerización u *outsourcing* por sus siglas en inglés, las empresas que subcontratan tienen la oportunidad de brindar precios más bajos y desplazar a la competencia u obtener mayores ganancias al reducir los costos fijos que implica la mano de obra, con lo cual aumentan sus ganancias frente a la forma tradicional que tenían las empresas hasta finales de la década de 1970 en el Siglo XX, las cuales concentraban todos los procesos productivos.

“La teoría de los costos de transacción, sugiere que los costos de contratación y los costos de transacción tienen profundas implicaciones en la asignación de recursos y en la estructura de la organización económica. Esto sustentado a partir de relacionar directamente los costos de realizar las transacciones con los procesos de asignación de los derechos de propiedad que los empresarios deben tener en cuenta en relación a su competitividad en el mercado nacional e internacional, puesto que se trata de encontrar



transacciones que permitan lograr obtener el mismo bien producido de manera tradicional a menos costo”.¹⁶

Es por eso que desde la teoría de la teoría de los costos de transacción, se ha explicado la subcontratación laboral, en el sentido de que se debe al ahorro en transacción internas, aunque también se utilizan otras propuestas de explicación sobre empresas tales como la importancia de los agentes principales, de la integración vertical, de la administración o alineación estratégica, entre otros, que en esencia se tratan de procedimientos de reestructuración empresarial para reducir costos y maximizar ganancias.

“Con esta vinculación analítica de la teoría de los costos de transacción, se presenta dos como aspecto fundamental a estudiar, la organización económica considerada desde su base material en términos de disponibilidad y circulación de factores productivos y de otro lado las instituciones políticas y sociales que se consideran esenciales para el desarrollo de los mercados. Bajo este ámbito teórico se presenta la categoría de costos de transacción, como los costos que se generan en los flujos transaccionales; es decir, en la esfera de la circulación de los factores requeridos para el desarrollo de los procesos productivos, teniendo como escenario los mercados”.¹⁷

Aunque estas son propuestas teóricas o teorías generales sobre las empresas, los justificadores de la subcontratación usan sus elementos explicativos para llevar a cabo la reducción de la mano de obra con la finalidad de disminuir los costos a las empresas,

¹⁶ Ramírez Gómez, Mauricio. **Teoría de costos de transacción y creación de empresas**. Pág. 45.

¹⁷ *Ibíd.* Pág. 46.



independientemente si en algunos casos se realiza los contratos con empresas externas que tienen trabajadores calificados y bien pagados, pero que al producir más en menos tiempo se logra reducir los costos laborales o asalariados peor pagados y menos protegidos, lo cual depende de competitividad de las empresas en el mercado.

Una de las prácticas que desde el punto de vista del capitalista se ha llevado desde finales de la década de 1980 del Siglo XX, que se ha llevado y que resulta un ejemplo de subcontratación es el modelo de la maquila la cual es muy utilizada por empresas transnacionales, las que realizan contratos comerciales con empresas nacionales de países subdesarrollados o en vías de desarrollo, para integrarlas a los encadenamientos globales que tienen con otras empresas de todo el mundo, tomando en cuenta que la maquila no solo es de prendas de vestir sino también de partes automotrices, de piezas de computadoras.

“La maquilización es sin duda una forma de subcontratación, usada principalmente para exportar hacia las corporaciones internacionales que las contratan y que pueden ser filiales de la propia corporación o independientes. Asimismo, no necesitan estar vinculadas con un régimen jurídico de exención de impuestos de importación y de exportación, tal el caso de la maquila de exportación”.¹⁸

En relación a lo citado, el tesista considera que la figura misma de la maquila surge precisamente para llevar a cabo procesos específicos de producción de determinadas

¹⁸ Iranzo. **Ob. Cit.** Pág. 41.



partes de prendas de vestir, de un procedimiento específico en la industria automotriz en el de partes tecnológicas, puesto que la maquila no solo se refiere a las prendas de vestir sino a todo aquel proceso en donde se puede subcontratar la realización de una parte o de varias partes del proceso productivo, para reducir costos del producto final.

En esta medida, aunque muchos estudios incluyen condiciones de trabajo y se sabe que forman parte de cadenas de valor son muy pocos los casos que analizan la cadena en su conjunto, ni mucho menos se preguntan por la lógica de esas cadenas, más allá de la política de reducción de costos, lo cual afecta directamente a los trabajadores, que con estas formas de subcontratación ya no tienen contratos permanentes, sino son a plazo determinado, rotando la mano de obra de manera continua.

Asimismo, la maquila, la cual se orienta principalmente a ofrecer esos servicios de subcontratación a las grandes corporaciones o de situar filiales de estas en el extranjero, aunque una de las prácticas más comunes es subcontratar a maquiladores locales de otro país, con lo cual aumenta la posibilidad de tener bajos costos laborales, contar en el mercado de trabajo local con la fuerza de trabajo de niveles educativos o de calificación adecuados, la flexibilidad en el uso de la mano de obra así como la cercanía geográfica del mercado externo del producto.

Aunque oficialmente, por lo menos en Guatemala, las maquilas deben cumplir con la normativa vigente laboral, existen muchas denuncias sobre el incumplimiento por parte de muchas de ellas, lo cual es importante exponer, puesto que aun cuando no es objeto de estudio de esta tesis, si hay constantes denuncias de maquilas de ropa que no pagan



el salario mínimo, maltratan a las mujeres, no les permiten sus horas de lactancia y otras denuncias que incluyen incluso que incumplen con el pago de la cuota patronal al Instituto Guatemalteco de Turismo o el alzamiento de bienes de los que eran propietarios de maquilas, para no pagarle salarios ni prestaciones a los trabajadores.

3.3. Subcontratación y desarrollo o subdesarrollo

El subtítulo que se expone se orienta a exponer las posturas sobre los que argumentan los efectos positivos para las economías en desarrollo que las empresas transnacionales tercericen o subcontraten parte de sus actividades productivas en los países en desarrollo, así como de los que señalan lo negativo que es esta actividad, especialmente para los trabajadores y sus posibilidades de desarrollo económico.

En los discursos empresariales y de los teóricos que los fundamentan, como, por ejemplo, los artículos o tesis de las facultades de economía o negocios, que se pueden encontrar en Internet, tal el caso del trabajo de fin de grado de Paula Angües Rodríguez titulado análisis del *outsourcing* como estrategia de gestión empresarial¹⁹, autora que a su vez remite a varios autores que coinciden con el beneficio de la subcontratación.

Quienes defienden la subcontratación y sus beneficios para los países en vías de desarrollo, plantean que la subcontratación laboral, especialmente la de carácter

¹⁹ Angües Rodríguez, Paula. Análisis del *outsourcing* como estrategia de gestión empresarial. En: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16387/AnguesRodriguez_Paula_TFG_2015.pdf?sequence=2&fbclid=IwAR2P_VdsAv_563ytNrFqxqFjetkbsxYv3RD-EU4THywTYioHKRW6nJeOZeow visitado el 12 de septiembre de 2023.



internacional es una vía de desarrollo para los países subdesarrollados, encontrándose posturas académicas como la teoría de la actualización y la del paquete completo, los cuales establecen que las subcontratistas internacionales empezarían con ensambles sencillos en el tercer mundo, con mano de obra no calificada y bajos salarios, pero la presión del mercado las haría evolucionar hacia etapas superiores.

“El planteamiento del paquete completo, expone que para mantenerse en el mercado la subcontratación de un subcontratista internacional evolucionaría hacia la integración, desde las fases de diseño hacia las de manufactura con las de ensamble. En la versión de las tres generaciones de la maquila, se trataría del paso de la forma elemental con obreros no calificados y dándoles bajos salarios a otra de tipo toyotista y finalmente a la de creación de conocimiento”.²⁰

De acuerdo con las experiencias en Guatemala y en los países centroamericanos, estas explicaciones teóricas son versiones optimistas acerca del papel de la subcontratación internacional en el futuro de los países en vías de desarrollo como los del Triángulo Norte de Centroamérica, puesto que estas prácticas empresariales se orientan en un sentido diferente acerca del papel de estas formas de subcontratación, pues en general no se ha generado desarrollo económico y social en donde se lleva a cabo la subcontratación.

“Los estudios más amplios incluyendo los aportes de los teóricos optimistas, se hacen a partir de variables y estadísticas económicas y otros en amplios trabajos de campo, los

²⁰ Soler Matute, Juan. **Subcontratación en Asia: teorías y experiencias**. Pág. 22.



cuales muestran: el menor salario en promedio de los trabajadores de estas empresas con respecto del resto de la manufactura; su operación con niveles no altos de tecnología; la extensa utilización de un toyotismo precario; es decir, formas de organización toyotista con escasa delegación de las decisiones hacia los trabajadores, escasas carreras ocupacionales para estos, poca seguridad en el empleo, trabajo intensivo, rutinario, segmentado y estandarizado”.²¹

Situación similar se observan en el caso de las relaciones de las subcontratistas con las empresas subcontratantes, pues la misma muestra una dependencia extrema que implica que la subcontratante transnacional fija, no solo la cantidad y calidad del producto a comprar, sino también el tipo de maquinaria y equipo, la organización del trabajo, el tipo de trabajadores y su capacitación, así como los proveedores de la subcontratista, situaciones que no son únicas, pero si las más comunes, lo cual genera condiciones estructurales de dependencia del subcontratado con el subcontratista, pues aquel determina que segmento de la cadena maquilera puede este implementar.

Mientras que, en el aspecto laboral, estas empresas subcontratadas enfrentan internamente crisis de productividad como resultado de ese trabajo estandarizado, pues el mismo es rutinario y monótono, con bajos salarios y escasas esperanzas de ascensos significativos para los trabajadores, que conforma la mano de obra a disposición de estas empresas; asimismo, se ven reducidas sus posibilidades de contratación indefinida, puesto que en las dinámicas de subcontratación se da mucha rotación de personal.

²¹ *Ibíd.* Pág. 23.



A pesar de esta situación, la falta de dirigentes sindicales como actores contestatarios fuertes o de un Estado protector de los trabajadores, debido a la contracción de las condiciones de protección social, propicia la insistencia estratégica empresarial en la vía de la maquilación precaria, a pesar de sus dificultades actuales, lo cual conlleva una mayor precarización de la mano de obra y mayor dependencia de las subcontrataciones internacionales para los patronos.

“En esta misma línea, los estudios de maquila y en general de subcontratación internacional tendrían que enfatizar su carácter precisamente de subcontratación. Lo cual significa, a despecho de las teorías exageradas sobre la tendencia hacia la descentralización de las decisiones en las empresas, una subordinación de las subcontratistas a quien las subcontrata, no solo en características del producto sino en cuanto a proveedores, oportunidad en la producción, medios de producción, proceso de trabajo y mano de obra en general con sus impactos en las relaciones laborales”.²²

Como se aprecia, la subcontratación internacional, al igual que la nacional no es una vía de desarrollo sino la forma moderna de mantenimiento de la precarización del trabajo, orientada por una nueva división internacional del trabajo, principalmente porque genera trabajadores subcontratados de primera y de segunda, especialmente porque estas prácticas laborales dificultan la conformación de identidades fuertes entre trabajadores, lo cual no es un obstáculo absoluto para la acción colectiva, pero presenta dificultades para la identificación entre trabajadores subcontratados y no subcontratados.

²² *Ibíd.* Pág. 24.

3.4. Mecanismos legales para regular la subcontratación laboral

Teniendo en cuenta que la atracción principal de la subcontratación, es la reducción de los costos laborales por la vía de la desprotección y precarización de los trabajadores, la Organización Internacional del Trabajo -OIT- se ha orientado a establecer la manera en la cual las legislaciones del trabajo ya tienen regulado el trabajo a término o a plazo y la forma legal en que se puede incluir a los trabajadores subcontratados, para que estos gocen de los mismos derechos de los que tienen contrato laboral a plazo indefinido.

Se parte que en las legislaciones laborales de la mayor parte de América Latina la subcontratación es un negocio legítimo, pero que en la legislación laboral de la región, no se han preocupado por sancionar las formas de subcontratación que persiguen un propósito de fraude laboral en perjuicio de los trabajadores de la empresa que trabaja en un régimen de subcontratación; es decir, de quiénes prestan trabajo subordinado para ésta sin que se les reconozca calidad de asalariados de la misma, sino que acuden a relaciones triangulares, para lo cual utilizan la distinción entre contratistas e intermediarios, pues cada uno tiene régimen legal específico.

Los contratistas son empleadores en sentido estricto del término, por cuanto que contratan obras o partes de obra en beneficio de otro para ejecutarlas por cuenta propia y sin sujeción a éste, a partir que ejecuta trabajos con equipo o capitales propios, asumen todos los riesgos y realizan los trabajos contratados con sus propios medios y autonomía técnica y directiva, asimismo, son los que dirigen o tienen a personas dirigiendo a los trabajadores para que cumplan con las tareas para las que fueron contratados.



Ante esos elementos diferenciadores, se encuentra que una persona que los cumple se le considera contratista; por lo que si cumple con esas condiciones la empresa usuaria no asumirá ninguna obligación con respecto a los trabajadores del contratista; sin embargo, se considera que estos son en realidad intermediarios, solidariamente responsables con el empleador principal, si no disponen de elementos o condiciones propias para cumplir con sus obligaciones contractuales asumidas con el subcontratante.

También son intermediarios los que contratan a trabajadores para ser utilizados en la empresa de un tercero o aquéllos que aun cuando aparezcan como empresarios independientes, hacen ejecutar trabajos utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un patrono, en esos casos, las empresas subcontratantes serán responsables de las obligaciones derivadas de la ley laboral; pero, cuando el suministro de mano de obra se efectúa a través del contrato de equipo que trabajan bajo la autoridad de un empleador, son a la vez intermediarios y trabajadores.

Las reglas descritas conocen diversas excepciones, cuyo número a decir verdad se encuentra en aumento, puesto que se parte de que su objeto es permitir el establecimiento de una relación triangular en donde el trabajador mantiene un contrato de trabajo con un intermediario, quien lo ha contratado con el objeto de ponerlo a la disposición de una empresa subcontratista.

Se trata de que en los casos que se describen, la responsabilidad como empleador es en su mayor parte del intermediario y no de la empresa subcontratista, con la excepción de situaciones que por sus propias características sólo pueden exigirse a esta última,



tales como el mantenimiento de condiciones de condiciones de higiene y de seguridad indispensables para que el trabajo pueda ejecutarse, siendo el caso de este tipo de relación, la empresa de trabajo temporal.

Si se está ante la presencia del suministro de trabajadores a través de una empresa de trabajo temporal o de servicios eventuales tanto por días determinados como por contratos cortos a término, es una forma de subcontratación laboral que ha ganado creciente aceptación, por la flexibilidad que brinda a los empleadores, pero también por la ventaja de tener una fuente de empleo que ofrece la empresa subcontratada a los trabajadores que aceptan sus condiciones laborales.

La misma OIT procedió en 1997 a revisar el Convenio número 96 Sobre las Agencias Privadas de Colocación que existe desde el año 1949 y que, por cierto, Guatemala ha aceptó las disposiciones de la parte II, desde el año 1953; Sin embargo, desde 1997, existe el Convenio 181, que no ha ratificado el país por motivos desconocidos, el cual expresamente legitima a las empresas de trabajo temporal, a condición de que ofrezcan protección y garantías serias a los trabajadores contratados por estas y los suministrados a los subcontratantes.

La regulación jurídico legal de la subcontratación laboral y del trabajo temporal difiere según los países, pero tiene como característica común que no se le permite a la empresa subcontratante que recurra a la misma con el objeto o con el efecto de cubrir de manera permanente una vacante atinente a su actividad normal, pues por lo general sólo se les permite para reemplazar a trabajadores ausentes, para cubrir vacantes de



manera transitoria en la espera de un reclutamiento definitivo, para cumplir tareas no permanentes que demanden una especialización determinada o para atender necesidades estacionales o excepcionales de producción o de demanda de servicios.

Es decir, que la mayoría de los países latinoamericanos prohíben reemplazar a trabajadores ausentes por causa de huelga o para atender tareas de alto riesgo, pues no se tienen garantías sobre la formación de los trabajadores para el trabajo en condiciones de riesgo o que demandan un control periódico de la salud del trabajador, lo cual va en detrimento de la protección del trabajador, pero no regula nada sobre el plazo que se puede subcontratar para suplir al asalariado.

Aunque la subcontratación de obras o servicios es un negocio legítimo, son varias las legislaciones nacionales que la limitan cuando de ella resulta perjuicio para el trabajador, asimismo, establecen la solidaridad entre el subcontratante y sus subcontratistas cuando la primera subcontrata trabajos o servicios correspondientes a la actividad específica de su establecimiento; asimismo, si la subcontratación se realiza entre una empresa principal y sus subordinadas también se contempla la solidaridad entre aquéllas si hay fraude laboral, aunque tuviesen personalidad jurídica propia o cuando la subordinada ejecuta trabajos de manera exclusiva o principal para el beneficio de otra empresa

Los mecanismos legales que establecen la subcontratación son, en primer lugar, el de carácter internacional, como es el citado Convenio número 96 Sobre las Agencias Privadas de Colocación y en el caso de Guatemala, el Artículo 5 del Código de Trabajo reconoce la figura de intermediario a quien define como toda persona que contrata en



los servicios de uno o más trabajadores para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono.

3.5. Forma de probar la naturaleza laboral de la subcontratación de tareas

Aun con lo regulado sobre subcontratación laboral y trabajo temporal, ha sido principalmente a nivel de los tribunales que se han establecido indicadores legales que evidencian la dependencia y subordinación, que ayudan a determinar en qué casos la subcontratación de tareas debe ser asimilada a una relación laboral y en cuáles no, lo cual le permitió a la OIT a realizar una lista de los mismos en el proyecto de recomendación sobre el trabajo en régimen de subcontratación que la Conferencia de la OIT examinó en 1997 y 1998.

La doctrina legal y las recomendaciones de la OIT resultan ser de gran utilidad tanto para los trabajadores como a los estados, puesto que les permite tener argumentos cuando las tareas a realizar en virtud de la subcontratación de labores no han sido determinadas o la determinación es muy imprecisa, para establecer que el objeto real de la subcontratación ha sido la prestación de trabajo de manera indefinida y no la de un trabajo a plazo fijo.

Uno de esos elementos se refiere al tiempo de trabajo, partiendo del hecho que si los horarios reales de trabajo se asemejan a una jornada laboral es muy posible que se trate de una relación de trabajo; otro aspecto es que, si se produce una remuneración a intervalos regulares, existe alta posibilidad de que la subcontratación sea de naturaleza



laboral; mientras el tercer indicio es que si el personal subcontratado está obligada a desempeñarlo bajo supervisión de la empresa subcontratista, se está ante una prestación de trabajo y no la realización de un trabajo.

Como se aprecia, el crecimiento del trabajo en régimen de subcontratación evidencia uno de los grandes retos que enfrenta el derecho del trabajo, principalmente por la atipicidad de esta forma de contratación que ha reemplazado la relación de empleo tradicional por cuenta ajena, subordinado, a tiempo completo, para un sólo empleador y protegido contra el despido injustificado, por empleo triangular, a tiempo parcial, de duración determinada, desprotegido frente el despido y sin prestaciones sociales.

Esta atipicidad de la subcontratación laboral tiene por objeto la prestación de labores bajo una forma distinta de la relación de trabajo, pues tiende a contractualizarla, con el objeto o con el efecto de sacarlas del ámbito protector del derecho del trabajo, haciendo crecer el empleo informal sin prestaciones ni salarios asegurados por ley, porque las empresas generan cada vez menos empleos asalariados.



CAPÍTULO IV

4. Daños y perjuicios

El presente capítulo se orienta a exponer las características jurídicas de los daños y perjuicios, la procedencia de los mismos, la determinación de estos, lo que es el daño emergente y el lucro cesante, los daños compensatorios y moratorios, patrimoniales y morales, así como los directos e indirectos, lo cual es otro aspecto doctrinario que contribuye a que se comprenda el contenido de la tesis en su conjunto.

Los daños y perjuicios es una figura vinculada directamente con el patrimonio de la persona, tanto individual como jurídica, el cual se ve directamente afecta con el daño y mediatamente con los perjuicios, los daños se refieren a la pérdida o disminución patrimonial que sufre la persona, mientras que los perjuicios se refieren a la posible pérdida o disminución de los bienes a futuro como consecuencia del daño ocasionado.

El Código Civil, Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno, regula y define en el Artículo 1434 que: “Los daños, que consisten en las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio, y los perjuicios, que son las ganancias lícitas que deja de percibir, deben ser consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse”.

En este sentido, la causa originaria del daño es la falta de cumplimiento de una obligación, mientras que el perjuicio es la privación de cualquier ganancia lícita que



debiera haberse conseguido con el cumplimiento de la obligación, por lo que se entiende que el daño es emergente, debido a que surge o emerge de no haberse recibido el beneficio que correspondiente a los efectos positivos si se cumpliera la obligación, mientras que el perjuicio conlleva un lucro cesante, pues no se puede invertir o reinvertir las ganancias o beneficios que se esperaban de ese cumplimiento.

4.1. Procedencia de la indemnización de daños y perjuicios

Cuando se escribe procedencia debe entenderse que se quiere hacer entender que se trata de donde se origina, surge, aparece o procede el reclamo del pago de daños y perjuicios, puesto que debe de haber una condición, hecho o acción que lleve como resultado que una persona reclame que tiene derecho a la indemnización de daños y perjuicios de un tercero.

Como se aprecia en lo citado y descrito en este apartado, en donde procede, surge, se origina o aparece, en el caso de los daños, por la las pérdidas que el acreedor sufre en su patrimonio; y surgen o se originan los perjuicios, cuando se dejan de percibir las ganancias lícitas, debiendo ser ambos consecuencia inmediata y directa de la contravención, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

El pago de la indemnización de daños y perjuicios no procede si únicamente se incumple la obligación, pues en este caso únicamente existe un daño contractual resarcible porque el incumplimiento es imputable al deudor, pero para que además sea resarcible el perjuicio, es necesario, que el incumplimiento produzca una pérdida a futuro, lo cual debe



probarse empíricamente por el que reclama el pago de dicha indemnización, para que no haya abuso de derecho en el sentido de que cualquiera puede reclamarlos aunque no tenga ningún derecho a ellos.

“Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios, por lo que la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Por ello, el incumplimiento de un contrato no origina necesariamente el derecho a una indemnización. Tiene que haber un daño”.²³

Esta falta de indemnización de oficio se debe a que la responsabilidad civil no es punitiva, por lo que, si el deudor incumple su obligación por dolo o por culpa y el acreedor no sufre daño alguno, entonces no hay lugar a la indemnización, aunque siempre hay excepciones, siendo las más frecuentes las que se presentan en las obligaciones con cláusula penal y en las obligaciones de dar sumas de dinero, pues en el primer caso el acreedor no tiene que probar el monto de los daños y perjuicios que le ha irrogado el incumplimiento.

Como resultado de la cláusula penal, se autoriza al juez, a solicitud del deudor, a reducir equitativamente la pena cuando es manifiestamente excesiva lo cual obliga a que tanto el acreedor como el deudor, se pronuncien sobre el monto de los daños y perjuicios, el

²³ Osterling Parodi, Felipe. **La indemnización de daños y perjuicios**. Pág. 4.



primero tratando de demostrar su existencia y su cuantía para evitar que sea reducida la cláusula penal, mientras que el segundo, tratando de probar su inexistencia, para obtener la reducción de la misma.

“La indemnización pactada por la cláusula penal, aunque en algunos casos pueda convertirse en simbólica, siempre subsiste. En las obligaciones de dar sumas de dinero sucede algo similar respecto a la prueba de los daños y perjuicios. Cuando no existe pacto entre las partes, la demora en entregar una suma de dinero se repara con el interés legal; aquí el acreedor no tiene que probar la existencia o el monto de los daños y perjuicios”.²⁴

Existe una solución parecida cuando las partes han acordado un interés convencional por la moratoria, dentro de los límites autorizados por la ley, para los mismos casos de demora en la entrega de una suma de dinero, por lo que en este caso el acreedor tampoco tendrá que probar la existencia o cuantía de los daños y perjuicios que le ocasiona la demora; sin embargo, cuando en la ley se ha establecido un límite al total de la indemnización, el acreedor no tendrá el derecho de requerir la reparación sino hasta ese límite, lo cual determina que la cuantía requerida por este está determinada por la ley, lo cual significa un tope a la demanda, aunque sea inferior al daño probado.

Debe tenerse en cuenta que la indemnización de daños y perjuicios siempre se convierte en el pago de una determinada suma de dinero, pues este es el denominador común de

²⁴ **Ibíd.** Pág. 5.



cualquier valor económico; además, esta es concedida sólo en la forma de un capital y no de una renta vitalicia, por lo que el juez no tiene la libertad de ordenar el pago de la reparación más apta de acuerdo a su leal saber y entender, sino únicamente como regula la ley de la materia.

Sin embargo, si existe cláusula penal es posible que el acreedor y el deudor estipulen que por la inejecución, mora o violación de un pacto determinado, la reparación esté constituida por una prestación distinta al dinero, teniendo un amplio margen para definir las formas en que se puede llevar a cabo, en estos casos, la reparación, puede consistir en cualquier obligación de dar o en una obligación de hacer o de no hacer.

4.2. Determinación los daños y perjuicios

La indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato, lleva a resolver si la misma debe determinarse según el día en que se produjo la inejecución o cuando se dicta la sentencia condenatoria, lo cual es fundamental, pues al ser la misma materializada en un monto de dinero, el mismo puede ser insuficiente, si se calcula su cuantía al día en que se produjo el daño, para reparar los perjuicios el día de la sentencia, especialmente si se toma en cuenta la tardanza en los procesos judiciales, lo cual conlleva que, entre el plazo de la presentación de la demanda y la fecha en que se emite sentencia favorable, pueden pasar varios años.

“El problema está vinculado a la devaluación monetaria y al alza de los materiales, mano de obra y, en general, de los bienes objeto de la obligación. La indemnización, debe ser



igual al valor del perjuicio en el día en que se dicte la sentencia condenatoria: ella debe permitir que el acreedor, sin desembolsos adicionales, reponga las cosas al estado en que debían encontrarse de haberse cumplido la obligación. De lo contrario no se resarciría íntegramente el daño”.²⁵

En todo caso, una forma de establecer un equilibrio en relación al paso del tiempo entre la demanda y la sentencia indemnizatoria, es que se le dé mayor énfasis a los montos que se deben calcular para los perjuicios, a partir de tener en cuenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, teniendo en cuenta que, el deudor que incumplió su obligación pudo aprovechar el mejor valor de ese capital, en la época del incumplimiento, usando la moneda más sólida que no entregó a su acreedor, de bienes que, justamente por la devaluación, han aumentado de valor.

“Carece de sustento, por último, la argumentación de que el perjuicio resultante de la devaluación monetaria ordinaria es imprevisible. En primer término, porque la devaluación monetaria es un fenómeno generalizado y, por tanto, perfectamente previsible; en segundo lugar, porque si el deudor hubiera indemnizado de inmediato al acreedor, no habría sufrido esos efectos”.²⁶

Esto quiere decir que, si se aprecia pecuniariamente el monto de la indemnización por los perjuicios al día del incumplimiento y no del pago de la misma, conllevaría a permitirle

²⁵ **Ibíd.** Pág. 6.

²⁶ Pérez Velásquez, Juan Pablo. **La indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.** Pág. 109.



al deudor, quien no ejecutó la obligación por dolo o por culpa, se enriquezca a costa del acreedor, el cual únicamente ejercitó su legítimo derecho de exigir en su oportunidad temporal el cumplimiento de una obligación válidamente contraída, para evitar seguir teniendo pérdidas en su patrimonio.

En síntesis, en el caso de Guatemala, se determinan los daños y perjuicios por convenio entre las partes, que tienen por lo general las características de una cláusula penal; por disposición de la ley, lo cual tiene lugar en las obligaciones que tienen por objeto la entrega de una suma de dinero; o por declaración judicial, que es cuando las partes acuden ante un juez competente para que en sentencia se declare la existencia de los daños y perjuicios y se fije su cuantía.

4.3. Daño emergente y lucro cesante

La finalidad jurídica de la indemnización por daños y perjuicios es darle al acreedor la misma condición jurídica en que se estaría si hubiese habido un cumplimiento de la obligación; es decir, los beneficios que debía haber obtenido a partir del cumplimiento del contrato, por lo que este tiene el derecho de exigir las pérdidas sufridas y las utilidades frustradas, en donde las primeras corresponden al daño emergente y las segundas se refieren al lucro cesante.

El daño emergente se refiere al empobrecimiento del patrimonio del acreedor, mientras que el lucro cesante está directamente relacionado con el legítimo enriquecimiento que se evitó al no darle cumplimiento a la obligación, tal es el caso de un empresario que



organiza conciertos, quien contrata a un artista famoso para que actúe, pero este incumple lo convenido, lo cual hace que el empresario deba devolver los costos de los boletos y pagar todos los gastos que conllevaba realizar la actividad, lo cual implica que el incumplimiento del contratado conllevó una pérdida del capital que tenía el contratista y la imposibilidad de incrementar el mismo por no haber ganancia.

Por eso es que la obligación de pagar daños e intereses está determinada por la existencia de los gastos que se realizan, pues estos conllevan a una disminución de su patrimonio, lo cual implican pérdidas o daño emergente; por otra parte, al no realizar el evento, o sea, al incumplir el contrato el obligado, no habrá utilidades pues no solo no hubo ingresos sino que se realizaron gastos, lo que conlleva la inexistencia de ganancia o de lucro cesante.

Sin embargo, probar la existencia de un lucro cesante, aunque se deduzca de la inejecución del contrato por la parte obligada, resulta más complejo, pues el lucro cesante no puede demostrarse en forma directa, pues a diferencia de la disminución del patrimonio que es fácilmente demostrable, el lucro cesante es aquello que de acuerdo a las posibilidades pudiera haberse esperado con probabilidad, pero no con certeza.

4.4. Daños compensatorios y moratorias

La indemnización por daños conlleva tener en cuenta que estos son compensatorios y moratorias, aunque en ambos casos existe una compensación, el origen de la misma varía, pues en el caso de los primeros, estos se orientan a resarcir el incumplimiento de



la obligación, mientras que los segundos, se originan por el tiempo que pasó en la espera de que se cumpla la misma.

“Los daños y perjuicios compensatorios son los que se acuerdan al acreedor por la inejecución de la obligación. Se trata de una ejecución por equivalente; los daños y perjuicios entran en lugar de la prestación prometida y compensan la falta de cumplimiento. Los daños y perjuicios moratorias son los que el deudor está obligado a abonar al acreedor por el retraso en el cumplimiento de la obligación. Después de algún retardo el deudor ejecuta su obligación; pero debe indemnizar al acreedor por este retardo”.²⁷

Es de tener en cuenta que los daños y perjuicios compensatorios como los moratorios están determinados por las mismas reglas establecidas legalmente por la norma vigente en el país; sin embargo, para que el acreedor demande los segundos, necesariamente el deudor debe haberse constituido en mora, salvo las excepciones previstas por la ley; mientras que para exigir los compensatorios no se requiere que el deudor caiga en mora del deudor.

4.5. Daños patrimoniales y morales

Cuando se habla de daño moral se trata del que se ocasiona en los derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo subjetivo de la persona que de

²⁷ **Ibíd.** Pág. 110.



la realidad económica; es decir que, en relación a la naturaleza del derecho vulnerado, son los que recaen sobre bienes inmateriales pues lesionan los derechos de la personalidad o bien recaen sobre bienes inmateriales, pero que generan un daño material, teniendo como efecto que los mismos sean susceptibles de producir una pérdida pecuniaria o bien pueden ser morales en sentido estricto, cuando el daño se refiere a lo estrictamente espiritual.

Sin embargo, es de tener en cuenta que no existe la obligación legal de la reparación del daño moral por la inejecución de las obligaciones contractuales cuando este no genera un daño material, a partir que los contratos únicamente tienen por objeto intereses pecuniarios y no de afección, por lo cual reparar el mismo implica un aumento patrimonial del acreedor sin que exista causa legítima para ello, lo cual significaría un enriquecimiento ilícito, además de las dificultades probatorias que implica el mismo por no existir parámetros para su determinación.

En el Código Civil guatemalteco existen dos excepciones: la primera se encuentra regulada en el Artículo 225 que regula lo siguiente: “La madre tiene derecho a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso o de minoridad al tiempo de la concepción”; mientras la segunda, se encuentra establecida en el Artículo 1656 que regula: “En caso de difamación, calumnia e injuria, la indemnización se determinará en proporción al daño moral y a los perjuicios que se derivaron”.

Estos ejemplos de indemnización moral, aunque no se refieren al incumplimiento de contratos, si conlleva a establecer que existen precedentes legales que permitan



considerar la posibilidad de que se indemnice porque no se cumplieron las obligaciones, especialmente porque el perjuicio que sufre el acreedor no es siempre de naturaleza patrimonial, pues aun cuando sea en menor medida, el retardo o el incumplimiento pueden afectar aspectos como aquellas que integran la personalidad misma o determinan sentimientos legítimos, principalmente porque las normas de justicia imponen la obligación de indemnizar siempre el detrimento causado.

4.6. Daños directos e indirectos

Otro tema importante sobre la indemnización de daños y perjuicios lo relativo a la existencia de daños directos e indirectos, entendiéndose el primero como el que se ocasiona de manera inmediata, mientras que el segundo se lleva a cabo indirecta o mediatamente por lo que tiene una posibilidad lejana su incumplimiento por lo que no se considera resarcible, pues es sólo susceptible de indemnizarse el directo e inmediato, pues este no se habría producido sin la actitud dolosa a que dio origen el deudor.

A pesar de estos argumentos, si el daño indirecto o mediato fue previsto al contraerse la obligación, el deudor debe responder por ello; por ejemplo, si el deudor entrega al acreedor, dolosamente, una vaca infectada, debe responder no sólo por el daño en la vaca misma, sino por el resto del ganado que sufriría el contagio; sin embargo, el deudor no es responsable de las consecuencias lejanas y circunstanciales de su inejecución dolosa; por ejemplo, si como consecuencia del contagio el acreedor no había podido cultivar las tierras y había quebrado, por lo que en este caso no procede ninguna acción para requerir el resarcimiento de daños y perjuicios.

4.7. Fundamento de la indemnización de daños y perjuicios

El fundamento jurídico de esta indemnización es que la misma se orienta a restablecer las cosas al estado que tenían establecidas al concertar el contrato; a partir de lo cual, se pretende que la misma llene una función de equivalencia para regular los intereses económicos en juego, de ahí que el pago de daños y perjuicios no constituyan una nueva obligación, que sustituya la obligación originaria, sino que los mismos surgen a la vida jurídica a partir de la obligación inicial, por lo cual, lo indemnizatorio de los mismos resultan siendo un efecto secundario.

Este fundamento subsidiario de la indemnización en el sentido de volver las cosas al estado que tenían, se debe a que la obligación del resarcimiento por el incumplimiento de las obligaciones no depende de la libre voluntad de las partes, sino que está determinado por el principio que prohíbe a todos causar un daño a sus semejantes y que, si se ocasiona, debe indemnizarse.

Así lo dispone el Artículo 1645 del Código Civil guatemalteco, el cual regula que: “Toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o imprudencia, está obligada a repararlo, salvo que demuestre que el daño o perjuicio se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

En el caso del Artículo citado, el motivo de la indemnización es que se quebranta un derecho preconstituido que la ley garantiza, por lo que, cuando se produce un hecho que produce una pérdida de valor económico, se trata de establecer quién debe ser el que



soporte la pérdida por este hecho, lo cual la ley civil establece que es el patrimonio del autor del daño el que debe soportarlo.

4.8. Oportunidad en que se ejercita la acción de daños y perjuicios

Como regla general, los daños y perjuicios solo se plantean cuando fueran posibles los medios o formas de cumplimiento específico establecidos contractualmente; sin embargo, existen situaciones como por ejemplo que el acreedor renuncie a la prestación en forma específica y demande, en cambio, el resarcimiento en dinero, en donde no es necesario que la ejecución directa de la obligación sea imposible para pedir la indemnización de daños y perjuicios.

Es decir, el hecho de pedir en los casos necesarios la prestación en forma específica, en lugar del equivalente no es una obligación, sino una facultad del acreedor, por lo que este puede elegir el equivalente en dinero, pues es libre de reclamar la prestación que se le debe o la indemnización de daños y perjuicios.

También se da el caso que, cuando el deudor no ejecuta la obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, el mismo queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, quien no tiene que ser requerido judicialmente por su acreedor para que cumpla la obligación en especie, aunque no hay duda de que el perjudicado puede hacerlo, en caso de que la prestación aún sea posible, a su entera elección, puede también, hacérsela procurar por otro, a costa del deudor, y exigir a éste la indemnización de daños y perjuicios.



Estas opciones se plantean para que existan formas expeditas para evitar que, ante el incumplimiento de la obligación, el acreedor se vea siempre obligado a seguir una demanda judicial de años para obtener la reparación en especie, sino que le permite prever en las cláusulas contractuales la prestación y limitarse a exigir al deudor la indemnización de los daños y perjuicios que le ha generado su incumplimiento.

Es de tener en cuenta que, si la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, sea porque no obtiene beneficio o bien porque lo obtenido no compensa el tiempo que lleva su ejecución, éste podrá rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios; si la obligación tiene utilidad para el acreedor, éste no puede rehusar su ejecución, pero tiene el derecho de exigir el pago de los daños y perjuicios moratorias.

Sin embargo, el acreedor no está obligado a esperar la ejecución de la obligación de manera indefinida, a partir que el deudor rechaza cumplir con sus obligaciones contractuales; sino que puede esperar un tiempo prudencial dentro de lo que se puede aceptar como válido en el medio donde se lleva a cabo el cumplimiento, de acuerdo a la naturaleza del contrato, desde que esté constituido en mora y no cumpla la obligación para tener derecho a exigir legalmente la reparación de los daños y perjuicios, a partir de prescindir de la ejecución del contrato.

4.9. La prueba de los daños y perjuicios

Así como el acreedor debe mostrar que sufrió daños y perjuicios por dolo o culpa inexcusable del deudor, también el deudor tiene derecho a exonerarse de



responsabilidad de pagarlos, para lo cual debe probar que la prestación llegó a ser imposible sin su culpa, por lo que la obligación se ha extinguido.

La valoración del daño depende de factores difíciles de acreditar, tales como los precios y las demandas comerciales, entre otros, por lo que a veces la prueba es sencilla y en algunos casos muy compleja, aunque en esencia se trata de demostrar el nexo de causa a efecto entre el incumplimiento del deudor y el subsiguiente incumplimiento del acreedor frente a terceros.

De igual manera, la prueba es estricta si se exige el pago de una indemnización por el daño emergente; pero, si es por el lucro cesante el rigor aumenta, porque la prueba directa se hace más difícil pues se trata de hechos futuros, por lo que en la mayoría de casos, se parte de las presunciones, las cuales es un hecho que deben tener elementos de juicio válidos para que sean sostenibles.





CAPÍTULO V

5. Subcontratación laboral y el pago de daños y perjuicios

Aunque en Guatemala, como se le ha expuesto, la subcontratación laboral no tiene regulación legal explícita y menos desarrollada, pues la descrita en los capítulos respectivos implica el incumplimiento de los salarios mínimos y las prestaciones laborales, pues de haberla en este sentido, sería nula de pleno derecho, derivado a que actualmente existe una creciente organización de negocios que han establecido redes de subcontratación orientados a evitar o reducir los costos fijos y variables, lo cual no ha beneficiado para nada al trabajador.

5.1. Argumentos empresariales para la subcontratación

Uno de los fundamentos del crecimiento de la subcontratación en Guatemala, es que en los guatemaltecos la especialización de la mano de obra y la división del trabajo están escasamente desarrolladas en comparación con Estados Unidos de América y México, así como con los países europeos con los que el país tiene Tratados de Libre Comercio, lo cual determina el comercio intraindustrial, que ha generado formas de cooperación específicas como la subcontratación, contratos de licencia y coinversiones, especialmente de empresas de esos países con los centroamericanos.

El segundo aspecto vinculado con el crecimiento de la subcontratación en Guatemala es que la subcontratación es un elemento de gran significación dentro de una política



industrial activa para integrar a las pequeñas empresas locales con las redes de grandes empresas internacionales, lo cual permite mejorar su desempeño económico al hacer más eficientes sus actividades productivas y eleva su poder negociador ante pedidos masivos, lo que de otra forma no sería posible, por lo que debe agradecerse a las empresas contratantes por incluirlas en su cadena de suministros como proveedores de productos baratos.

“Como práctica empresarial, la subcontratación es el mecanismo de mercado mediante el cual una empresa contratista u organizadora encarga a otra subcontratada la producción de partes, componentes o su ensamble, que luego se incorporan en un producto que venderá la primera. Como medio de política industrial, el objetivo de la subcontratación en países en vías de desarrollo es que las pequeñas empresas puedan dar saltos tecnológicos que les permitan generar mayor valor agregado y capitalizar sus ganancias en inversiones orientadas a la formación de capital”.²⁸

Es por eso que los empresarios justifican la subcontratación aduciendo que es una forma de cooperación entre dos empresas, una grande y una micro o pequeña, por medio de un contrato comercial, con el objetivo de incrementar el crecimiento económico, la capacidad de innovación; en donde, la difusión del conocimiento tecnológico y gerencial hace a la subcontratación muy atractiva para el subcontratista a largo plazo, especialmente porque pueden integrar cadenas productivas que interactúen para lograr mejores resultados en los bienes o servicios que ofrecen al mercado.

²⁸ Mungaray Lagarda, Alejandro. **Subcontratación en microempresas y pequeñas empresas**. Pág. 4.



La subcontratación se orienta hacia la producción de componentes o partes de un bien, lo cual sucede cuando la empresa principal fabrica productos en numerosas partes y la divisibilidad del proceso le permite descentralizar algunas de sus etapas a pequeñas empresas subcontratadas en Guatemala, de manera que éstas procesen directamente algunas partes del producto de la empresa principal, a la cual sólo le corresponde el ensamble del producto final, tal como sucede con las maquilas textiles, las cuales ensamblan prendas de ropa que regresan a Estados Unidos, de donde es o tiene su sede la subcontratante.

Aunque también puede darse que las maquiladoras guatemaltecas no solo ensamblan esas prendas, sino que recibe los materiales para obtener productos finales o bien que reciban todo la materia prima y la maquila subcontratada manufactura totalmente los pedidos que la empresa subcontratante le envía.

Sin embargo, aun cuando los empresarios argumentan que estas prácticas de subcontratación son una relación de ganar-ganar, pues ganan los contratantes como los subcontratados, en realidad la lógica del mercado mundial es que la empresa que subcontrata busca maximizar sus ganancias o incrementar su participación en el mercado, mientras que las pequeñas únicamente pueden proponerse adherirse como apéndices a esta, lo cual implica que se deben adaptar a las reglas de la empresa grande y al margen de ganancia que esta le permita.

Esta dinámica empresarial sucede porque la empresa contratante busca con la subcontratación reducir los costos de producción, aumentar la productividad o mejorar la



flexibilidad de precios que ofrece al mercado mundial, así como hacerle frente a la expansión de la demanda global que enfrenta, lo cual le permite realizar un mayor reparto del excedente asociado a su poder oligopólico sobre el mercado final, que logra al reducir los costos de operaciones y de transacción comercial.

Como consecuencia de la subcontratación como una relación laboral determinada por la contracción del mercado laboral, se ha dado que los salarios de los empleados contratados mediante una empresa subcontratada son inferiores a los correspondientes a los de quienes laboran en las empresas que tienen contratos de mercado sin subcontratación, pues los costos derivados del subcontrato son inferiores a los que genera si los trabajadores son contratados directamente por la empresa contratante.

Otro elemento que justifica los bajos salarios que las empresas subcontratadas pagan a sus trabajadores es que la o las empresas contratantes del servicio contratan a varias subcontratistas por el mismo contrato, haciéndolos competir entre ellos, para lo cual deben ofrecer menos costos para la contratante, disminuyendo sus costos reduciendo salarios, así como endureciendo las condiciones de trabajo, así como chantajear a los trabajadores del posible fracaso en la obtención del contrato, con lo cual evitan las pretensiones de mejoras salariales de estos.

5.2. Pago de indemnización por daños y perjuicios al trabajador

La responsabilidad civil por daños y perjuicios se puede aplicar en el derecho del trabajo contractual o extracontractualmente, aunque con particularidades propias, sin perder el



sentido y significado que tiene en el ámbito del derecho civil, por lo que no es un nuevo tipo de responsabilidad, sino la aplicación de la misma a la relación laboral a partir de la existencia de daños o perjuicios sufridos por el trabajador por acciones u omisiones dolosas o culposas del patrono en el ámbito de la actividad productiva.

La responsabilidad contractual en el marco laboral se da producto del incumplimiento de las obligaciones que las partes asumen en virtud de su relación jurídico-laboral y que son propias de su contrato de trabajo o de las normas reguladoras del trabajo, sean productos de los convenios o de las leyes laborales nacionales.

“La responsabilidad extracontractual tiene cabida al margen del contrato de trabajo o en relación con el mismo. En el primer supuesto, relacionado con que está al margen del contrato de trabajo, encajarían aquellos daños causados por una parte del contrato de trabajo a un tercero ajeno al mismo o viceversa, así como los daños entre las propias partes del contrato, pero con base en el incumplimiento de obligaciones ajenas a las derivadas de aquel. Un supuesto de responsabilidad extracontractual relacionado, aun indirectamente, con el contrato de trabajo es el de la responsabilidad del empresario por los daños causados por sus trabajadores a terceros durante el desarrollo de su actividad laboral, que no constituye objeto de este trabajo”.²⁹

Se puede encontrar la obligación del patrono de indemnizar a la contraparte laboral por los daños derivados del incumplimiento de una obligación contractual, para lo cual se

²⁹ Mella Méndez, Lourdes. **La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo**. Pág. 2.



aplica la regla laboral, en cuanto solo cabe aplicar una norma y la específica desplaza a la general en su aplicación, tal es el caso del despido injustificado, en el cual el Código de Trabajo, fija la indemnización concreta que el empresario tiene que pagarle al trabajador, donde es el patrón quien deba probar lo justificado del despido.

Es importante señalar que esta fijación legal de los daños y perjuicios, así como su correspondiente indemnización no favorece únicamente a la parte débil del contrato sino que también al empleador, a partir que la misma ha servido para denegar la reclamación de una cuantía mayor a la misma, aun cuando se haya probado daños superiores a los establecidos en el Código de Trabajo por la pérdida ilícita del puesto de trabajo.

“El régimen indemnizatorio del derecho civil depende de la remisión que la propia norma laboral haga al mismo, pues solo se prevé consecuencias indemnizatorias para algunos supuestos de incumplimiento contractual, existiendo innumerables incumplimientos de los deberes contractuales de las partes que no tienen prevista indemnización en la normativa laboral, con lo que, de observarse los requisitos exigidos por el Código Civil, podrá reclamarse la indemnización civil de daños y perjuicios”.³⁰

A pesar de estas lagunas legales en el caso de indemnización por daños y perjuicios, luego de realizar un análisis del desarrollo de la integración, se considera que existen criterios jurídicos que pueden considerarse de aplicación general, como, por ejemplo, la necesidad de atender a las circunstancias de cada caso puesto a conocimiento judicial,

³⁰ *Ibíd.* Pág. 6.



a partir de que el derecho del trabajo debe ser realista y objetivo, a partir de lo cual ^{tiene} que determinarse la gravedad y entidad del daño o de conseguir una reparación suficiente y digna que evite el enriquecimiento injustificado del agresor, por lo que en esta tesis se considera que cuando no existe una norma laboral que prevé expresamente una indemnización para un determinado incumplimiento, se aplica supletoriamente el régimen de la responsabilidad civil.

Esta supletoriedad debe estar siempre matizada por el rasgo esencial del derecho del trabajo como es su carácter protector del trabajador, en cuanto parte débil de la relación laboral, por lo que la responsabilidad civil tiene límites cuando esta actúa en el ámbito laboral, entre ellas, la aplicación automática y para todo supuesto de este régimen indemnizatorio civil, frente a la tradicional y general aceptación del mismo.

En otras palabras, no se debe aceptar que la responsabilidad civil indemnizatoria sea igual para ambas partes del contrato, sin plantearse la desigualdad económica respecto del trabajador, sino que para este únicamente debe haber la de carácter disciplinario, principalmente porque en la relación contractual en el ámbito de la empresa, el empresario es el que tiene que asumir los posibles riesgos de la actividad económica y de los derivados de posibles incumplimientos del trabajador.

La única excepción que se acepta legalmente es cuando el trabajador haya incurrido en delito en contra del patrono, lo cual conlleve pérdidas económicas para este y beneficio para aquel, tal el caso de la venta de secretos de los procedimientos o fórmulas de los productos de la empresa en beneficio del empleado.



Cuando es el trabajador es el que demanda al patrono por una indemnización a partir de la responsabilidad civil del patrono, hay una flexibilización de la carga de la prueba, lo que obliga al empresario demandado a realizar cierta actividad probatoria respecto de la justificación y razonabilidad de sus actos, cuando los hechos o datos a aportar están bajo su control; en tales casos, probada la lesión del derecho, se llega a presumir la existencia del daño moral.

Esta indemnización es diferente a cuando se le permite a este adoptar determinadas decisiones que se entienden necesarias para mejorar el proceso productivo o los resultados de la empresa, con la condición de que no se perjudique económicamente al trabajador, pues en este caso no existen daños, menos perjuicios para el asalariado; sin embargo, si estas acciones patronales conllevan afectación al salario, prestaciones o condición laboral al empleado si debe haber resarcimiento, puesto que la reparación económica se debe a un perjuicio sufrido por el trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo o con posterioridad al mismo.

Ejemplo de estos daños específicos son los gastos asumidos por el trabajador como consecuencia de su actividad laboral, tales como el pago de gasolina o gastos de hotel, los cuales, deben ser reembolsados por el propietario de la empresa, pues en beneficio de él que se llevan a cabo, pero que no lo hace porque aun cuando existe la figura de los viáticos, simplemente no los paga el patrono; asimismo, también es un ejemplo, la firma de pactos de plena dedicación, permanencia en la empresa o no concurrencia luego de finalizado el contrato en cuanto limitan la libertad de trabajo por lo que exigen una compensación económica adecuada para este.



También existe la indemnización por incumplimientos contractuales del empresario durante la vigencia de la relación laboral, lo cual constituye la parte central o más importante de la responsabilidad indemnizatoria en el contrato de trabajo, pues la mayor parte de los incumplimientos que generan responsabilidad indemnizatoria proviene del empresario, quien al gestionar la empresa y la actividad laboral del trabajador produce daños con sus decisiones; mientras no sucede lo mismo en el caso del trabajador, pues tiene como función en la empresa responder al patrono.

5.3. Pago de indemnización por daños y perjuicios por subcontratación laboral

Como se ha expuesto, la subcontratación que realizan las empresas guatemaltecas en el marco de la globalización y los tratados de libre comercio, han llevado a que compitan por los contratos ofrecidos en el mercado mundial, a partir de venderse ofertando servicios de tercerización, para lo cual ofrecen costos inferiores a los de su competencia a partir de contratar personal a quienes no les paga el salario mínimo ni las prestaciones laborales establecidas legalmente o bien llevan a cabo un proceso de negociación con los empleados existentes para que acepten reducción de sus condiciones laborales a cambio de continuar laborando en la empresa.

La base de lo expuesto en el párrafo anterior es reflexión propia del tesista; sin embargo, también se puede algunos artículos que circulan en Internet en donde la autora establece que: “En su gran mayoría, los empleos en la actividad económica se siguen caracterizando por altos niveles de precariedad, que incluyen la existencia de bajos salarios muy por debajo de la satisfacción adecuada de las necesidades de



ingresos básicas para satisfacer las demandas vitales básicas. También por las extensas jornadas de trabajo y por la violencia física y psicológica en contra de las trabajadoras de maquila, debido tanto al uso de métodos abusivos para el incremento de la productividad, como el establecimiento de producción por hora”.³¹

Claro está que, formalmente, el trabajador, ante la decisión empresarial de subcontratarlo o de modificarle sustancialmente sus condiciones de trabajo, puede optar a no aceptar laborar para ese empresario si no ha sido contratado o dar por finalizado el contrato de trabajo porque el patrono incumplió las cláusulas del contrato laboral, según el Código de Trabajo, lo cual le permite reclamar una indemnización según la ley.

A pesar de la existencia de esas dos opciones: no aceptar el trabajo o renunciar al trabajo que ya se tenía, la realidad socioeconómica de Guatemala conlleva a que las condiciones materiales del que busca empleo y del trabajador lo condicionen en sentido contrario a esas opciones, pues el que busca ser empleado se enfrenta a la inexistencia o limitadas ofertas de empleo y exceso de demanda del mismo.

Mientras que el trabajador tiene el mismo panorama relacionado con aceptar las condiciones en que se encuentra empleado o renunciar; sin embargo, debe velar por su familia y las necesidades del cuidado de ellas, antes de actuar libremente, ejerciendo su derecho a renunciar a su empleo, pues sabe que no será fácil encontrar otro trabajo en el país, debido a que existe un alto desempleo.

³¹ Goldsman, Florencia. **Maquileras en Mesoamérica**. En: <https://www.pikaramagazine.com/2023/05/maquileras-en-mesoamerica-aqui-te-puedes-morir-mas-no-te-puedes-enfermar/> consultado el 12 de septiembre de 2023.



Ante la situación laboral y la tasa de desempleo elevado en Guatemala, que es la principal causa que motiva que los trabajadores acepten la subcontratación, aun cuando la misma vaya en detrimento de sus derechos laborales y en una disminución de los ingresos en relación a los trabajadores que tienen una contratación en empresas que respetan las leyes laborales, aun cuando ese respeto sea por presión de los contratistas internacionales, quienes practican la responsabilidad social empresarial.

A pesar de estas condicionantes económico-laborales prevalecientes en la actualidad en el país, es un hecho que en la práctica de los empresarios se está ocasionando un daño al empleado subcontratado, pues implica que frente a los trabajadores contratados, que si tienen el salario mínimo y las prestaciones de ley en condiciones de igual trabajo; puesto que, por ejemplo, al no recibir esas prestaciones por estar en condición de subcontratado, ven disminuido su ingreso; es decir, su patrimonio de manera directa, lo cual le genera perjuicios puesto que deja de percibir una ganancia lícita que sería el resultado del pago de las prestaciones laborales de ley.

O sea que, al no recibir la misma cantidad de salario mensual que un trabajador contratado normalmente; es decir, trabajando para la empresa que subcontrata, el subcontratado, quien es contratado por la empresa subcontratada, sufre un menoscabo material en sus bienes, en su propiedad o en su patrimonio, debido a la contravención de la norma jurídica laboral que establece el monto del salario mínimo es incumplida por el patrono; asimismo, el empleador le ocasiona un perjuicio, pues le impide obtener la ganancia lícita que le implicaría recibir las prestaciones de ley, lo cual afecta su capacidad de compra.



Es de tener en cuenta que de acuerdo a la doctrina, para el reclamo de indemnización por daños y perjuicios debe haber un menoscabo material o moral que sufre una persona, en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra, la cual ocasiona el daño; asimismo para que exista perjuicio tiene que existir ganancia lícita que una persona deja de obtener o los gastos que le ocasiona un acto u omisión de otra que contraviene una norma jurídica, situaciones que dan lugar a una indemnización, aunque en el caso de perjuicio, se debe probar o reconocer que existe un nexo causal entre la acción u omisión y el mismo.

En materia laboral este nexo causal se probaría por parte del caso del trabajador subcontratado, a partir del daño producido por el menoscabo material o moral, sea en sus bienes naturales, su propiedad o su patrimonio por contravenir una norma jurídica, se debe a que existe un menoscabo material en su patrimonio, pues el mismo se ve disminuido en relación con los trabajadores que reciben salarios de ley y prestaciones, pues debe obtener bienes y servicios con menos ingreso salarial que ellos, pues el patrono se queda con una mayor parte de ganancia, en relación al porcentaje recibido por el empleador que paga los salarios y prestaciones de ley.

Mientras que el perjuicio ocurre a partir que el asalariado subcontratado deja de obtener una ganancia lícita, al no recibir la bonificación incentivo regulada en el Decreto número 78-89, la bonificación anual por tiempo de servicio, establecida en la Ley de Bonificación Anual para Trabajadores del Sector Privado y Público, Decreto número 42-92 ni el aguinaldo, establecido en la Ley Reguladora de la Prestación del



Aguinaldo para los Trabajadores del Sector Privado, Decreto número 76-78, todas estas leyes, emitidas por el Congreso de la República de Guatemala.

Todos estos ingresos económicos dejados de percibir son las ganancias lícitas que se definen como elemento determinante para que exista un perjuicio en el patrimonio del asalariado subcontratado, pues los pagos en dinero que recibiría de estas prestaciones incrementarían su patrimonio y sus bienes, lo cual no sucede al quedarse el patrono con ese dinero, el cual es generado a partir de la productividad del trabajador.

En síntesis, los requisitos o condiciones que debe llenar el trabajador subcontratado para reclamar indemnización por daños y perjuicios, es precisamente que se encuentre subcontratado, puesto que esta condición implica la existencia de una relación laboral desigual al recibir un salario por debajo del mínimo, lo cual debe probar con las declaraciones del patrono sobre pago de planilla del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, testimonio bajo juramento y declaración de testigos, entre otros.

“Las micro, pequeñas y medianas empresas suelen pagar por debajo del salario mínimo. El análisis permite identificar que la mayoría de trabajadores que laboran para MIPYMES, quienes realizan actividades de subcontratación en el área de la maquila principalmente, gana por debajo del menos el salario mínimo. Por ejemplo, un 78% de los trabajadores del sector privado no agrícola a tiempo completo, trabajan en MIPYMES, de los cuales, sólo un 32% gana al menos el salario mínimo”.³²

³² Bolaños, Lizardo y Mónica Rivera. **Empresarios de MIPYMES y el salario mínimo en Guatemala.**

Pág. 5.



Es decir, recibir un salario inferior al mínimo establecido, así como no recibir las prestaciones laborales como la Bonificación Anual por Tiempo de Servicio o el Aguinaldo, conlleva un perjuicio directo para el trabajador que aun cuando está en una relación de trabajo, puesto que labora para una empresa, su condición de subcontratado, le lleva a tener menores ingresos que quien está contratado con todas las prestaciones de ley y con salario mínimo.

Respondiendo a la pregunta de cuándo en el caso de Guatemala se puede establecer que una empresa subcontrata sin prestaciones laborales, pues se citó los casos ejemplificados por la autora citada en donde las maquilas de ropa, en donde se establece que las mismas ofrecen empleos caracterizados por altos niveles de precariedad, que incluye la existencia de bajos salarios y demás aspectos citados; es de tener en cuenta que aun cuando existen este tipo de empresas, las mismas no siempre están registradas legalmente, lo cual es un tema para otra investigación.

Un trabajador debe reclamar el pago de daños y perjuicios ante la Inspección General de Trabajo cuando denuncie su despido injustificado o el reclamo de las prestaciones laborales dejadas de percibir, pero si no llega a ningún acuerdo que le favorezca, debe iniciar un juicio ordinario laboral luego de agotada la vía conciliatoria en lo administrativo.

Si bien es cierto que por ser trabajador existe una relación contractual, como se expuso en el contenido capitular, especialmente en el capítulo dos y tres, la realidad hay que verla objetivamente y como se citó y comentó en dichos capítulos, las condiciones internacionales y nacionales de la economía han determinado que los patronos logren



incumplir las leyes laborales, pues existe en la realidad relación laboral entre los trabajadores subcontratados en una empresa que es subcontratada para realizar una tarea productiva específica y los dueños de esa empresa.

Sin embargo, aun con esa relación de trabajo, no significa que necesariamente los patronos cumplan con la ley, pues como se puede leer en los informes de las organizaciones sindicales guatemaltecas y en estudios, como por ejemplo el que se citó sobre la maquila en Mesoamérica, existen empresas, muchas, que no pagan los salarios mínimos, menos las prestaciones laborales, ni tienen a estos trabajadores en la planilla para pagarles seguro social, lo cual lleva a lo que se explicó como la precarización de las relaciones de trabajo.

En el informe final de tesis se ha manifestado y demostrado que existen trabajadores con salarios mínimos y que hay otros trabajadores que no reciben salario mínimo, lo cual se expone a partir de los autores citados, así como de la experiencia del tesista que conoce más de un caso en donde las maquilas subcontratan sastrerías para que les trabajen una prenda o parte de la misma a cambio de una remuneración y los sastres que tienen una relación laboral con el dueño o dueña de la sastrería, reciben de un mil a mil quinientos quetzales de salario al mes; es decir, hay relación de trabajo pero no de carácter formal sino informal, precarizada o subcontratada.

Incluso en las dependencias públicas, en el caso específico del servicio de limpieza, los contratos de servicios que negocian las mismas con empresarios que aceptan ser subcontratados, tercerizados o que realizan *outsourcing*, le pagan salarios por debajo



del mínimo legalmente establecido, puesto que el que subcontrata establece un monto para gastos de servicios de limpieza y quien acepta la subcontratación debe cumplir con los servicios ofrecidos, aunque deba sacrificar el salario de los trabajadores para obtener ganancias.

Es más, en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social se pueden inscribir a estos trabajadores subcontratados bajo la figura del trabajador temporal, lo cual le permite a la empresa que fue subcontrada demostrar que cumple con el pago del seguro social para sus trabajadores, aunque estos trabajen a tiempo completo para el patrono; es decir, se paga una parte del total del monto que debía pagarse por concepto de cuota patronal y laboral de esos trabajadores, asalariados que aceptan esas condiciones porque hay cinco o más personas esperando ser contratadas en esas condiciones.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

A partir de la existencia de los tratados de libre comercio que Guatemala a firmado con Estados Unidos de América y con Europa, aunque este tiene como nombre Acuerdo de Asociación, se ha llevado a cabo una flexibilización de las relaciones laborales en detrimento del trabajador, lo cual ha traído como consecuencia que los patronos al contratar a los trabajadores incumplan con el pago del salario mínimo y las prestaciones laborales vigentes en Guatemala o bien, de peor manera, han reducido las condiciones laborales de los asalariados que ya laboraban bajo contrato, lo cual ha sido aceptado por los que buscan empleo y los que laboran debido a la falta de oportunidades de trabajo y el exceso de personas en busca de una fuente de empleo.

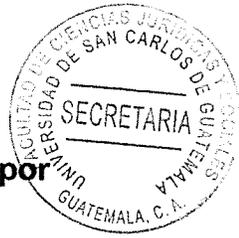
Ante esta realidad, el Ministerio de Trabajo a través de la Inspección General de Trabajo, debe garantizar que los patronos cumplan con sus responsabilidad laborales y les obliguen a cumplir con la contratación de acuerdo a lo que establece el Código de Trabajo, mientras el Congreso de la República apruebe reformas al Código de Trabajo para que se incluya el derecho de los trabajadores subcontractados a demandar a los patronos al pago de indemnización por daños y perjuicios al no pagarles el salario mínimo ni las prestaciones de ley.





BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE JARAMILLO, Verónica. **Cambios en las relaciones de trabajo**. México: Ed. Porrúa, 2010.
- ANGÜES RODRÍGUEZ, Paula. **Análisis del Outsourcing como estrategia de gestión empresarial**. España: Ed. Universidad de La Coruña, 2015.
- ANTUNES, Roberto. **El mundo precarizado del trabajo y sus significados**. Argentina: Ed. Depalma, 1996.
- BOLAÑOS, Lizardo y Mónica Rivera. **Empresarios de MIPYMES y el salario mínimo en Guatemala**. Guatemala: Ed. Universidad Francisco Marroquín, 2017.
- CABANELLAS de TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina: Ed. HELIASTA, S.R.L. 1993.
- CASTILLO REINOSO, Carlos. **Los contratos de trabajo**. México: Ed. UNAM, 2016.
- CÓRDOVA, Efrén. **Del empleo total al trabajo atípico**. Colombia: Ed. Doctrina y Ley, 2002.
- GOLDSMAN, Florencia. **Maquileras en Mesoamérica**. En: <https://www.pikaramagazine.com/2023/05/maquileras-en-mesoamerica-aqui-te-puedes-morir-mas-no-te-puedes-enfermar/>
- IRANZO, Consuelo. **Las implicaciones de la subcontratación laboral**. España: Ed. Trivium, 1991.
- MARTÍN ARTILES, Antonio. **Teoría sociológica de las relaciones laborales**. Costa Rica: Ed. Universidad Rodrigo Facio, 2017.
- MELLA MÉNDEZ, Lourdes. **La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo**. México: Ed. Ariel, 1995.
- MUNGARAY LAGARDA, Alejandro. **Subcontratación en microempresas y pequeñas empresas**. España: Ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2008.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. HELIASTA, S.R.L. 2008.
- OSTERLING PARODI, Felipe. **La indemnización de daños y perjuicios**. España: Ed. Pirámide, 2009.



PÉREZ VELÁSQUEZ, Juan Pablo. **La indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento del contrato**. Argentina: Ed. Astrea, 2007.

RAMÍREZ GÓMEZ, Mauricio. **Teoría de costos de transacción y creación de empresas**. Colombia: Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, 2010.

SOLER MATUTE, Juan. **Subcontratación en Asia: teorías y experiencias**. España: Ed. Comares, 2004.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe de Gobierno. Guatemala, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe de Gobierno de Guatemala, 1963.

Decreto número 78-89 del Congreso de la República de Guatemala, relativo al pago de la bonificación-incentivo, 1989.

Ley de Bonificación Anual para Trabajadores del Sector Privado y Público. Decreto número 42-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Ley Reguladora de la Prestación del Aguinaldo para los Trabajadores del Sector Privado. Decreto número 76-78 del Congreso de la República de Guatemala, 1978.