
“Outsourcing en Guatemala”

PONENCIA

“IV Congreso Internacional “Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global” “Reflexiones para la transformación de la sociedad”

Master con acceso a Doctorado en Sociedad Democrática, Estado y Derecho

Nuevas tendencias en el Derecho del trabajo y la protección de seguridad social

Dr. Mikel de la Fuente Lavín

Alumna María Andrea Batres León, 0096100K

Guatemala, 30 de septiembre de 2013

OUTSOURCING EN GUATEMALA

ANTECEDENTES CONCEPTUALES ¿Qué significa Outsourcing, Externalización, Transferencia de Empleados y Subcontratación?

Outsourcing y Externalización, como sinónimos

El sistema económico mundial y la globalización ha creado figuras jurídicas que acoplan terminología que pertenece al campo de la “Administración” y la “Mercadotecnia”, por lo que desde ese punto de vista, externalizar un proceso de negocio de una compañía, con la finalidad de obtener una maximización en costos laborales e infraestructura, para lograr una mayor competitividad y productividad.

Es acuerdo “comercial” por el que una empresa subcontrata o adquiere en el mercado parte de sus actividades, por lo que la externalización es un opción estratégica para mejorar la competitividad de la organización.

Según la doctrina en materia de “Administración de Empresas”, la externalización podría reforzar el impacto de la flexibilidad interna en el trabajo sobre los resultados de la empresa.

Desde el punto de vista legal y jurídico, existen palabras claves que definen el outsourcing y la externalización (conceptos sinónimos con un antecedente eminentemente anglosajón), las cuales analizaremos: **EXTERNALIZACION, FLEXIBILIDAD, ESTRATEGIA DE LA EMPRESA, TEORÍAS ECONÓMICAS Y ORGANIZATIVAS.**

Transferencia de Empleados en los Contratos de Outsourcing, como parte del éxito empresarial?

Para los empresarios una de las ventajas que aporta el outsourcing es la posibilidad de que las empresas alcancen mayores eficiencias operacionales, pudiendo focalizarse más en las actividades que son vitales para sus negocios,

por lo que una forma de hacerlo es a través de la “transferencia de empleados” a un proveedor, pudiendo realizar la transferencia de forma total o parcial. En este punto, cuestionamos si dichas transferencias se realizan bajo figuras jurídicas de “sustituciones patronales” donde se respetan los derechos adquiridos por los trabajadores, o se realizan transferencias periódicas que restringen estos derechos?

Subcontratación desde el Ámbito del Derecho del Trabajo

Gil Domingo establece que la *“Subcontratación en el derecho de trabajo libera de responsabilidad, en principio al empleador usuario de mano de obra, haciendo descansar la misma sobre la persona del subcontratista, en el caso de la relación de trabajo triangular”*.¹

La doctrina laboral manifestada por el autor De la Garza Toledo Enrique², *“ indica que la subcontratación es una forma de como la empresa de manera indirecta logra flexibilidad del trabajo sin entrar en conflictos graves con su propio contrato colectivo o su sindicato pasando la responsabilidad a otra empresa que puede ser filial de la misma o una empresa diferente que es contratada para proporcionar ciertos servicios productivos u otro tipo de servicios.”*

Por lo que además de acoplarnos a sistemas económicos mundiales y a sistemas legales anglosajones, nos enfrentamos a la re utilización de figuras jurídicas existentes en nuestra propia legislación, pero con la finalidad de:

- Lograr una liberación de responsabilidades patronal
- Desligar a las grandes Corporaciones del pago de pasivos laborales, lo cual impacta directamente en su valuación como empresa

¹ Gil, Domingo. “Subcontratación en el Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo ante el nuevo milenio”. Editorial Porrúa. México, 2000. Página 223.

² De la Garza, Toledo. “Antiguas y nuevas formas de subcontratación en relaciones triangulares de trabajo (subcontratación y/o tercerización). ¿Fin de la estabilidad laboral”. México. Fundación Frederick Ebert. Representación México, 2005. Página 30.

- Reducir “supuestamente” los riesgos para la empresa de las relaciones laborales
- Descentralizar a los trabajadores
- Transferir a los empleados a distintas empresas, para evitar el libre derecho de asociación y sindicalización, utilizando el principio “divide y vencerás”. En algunas ocasiones los empleados son transferidos varias veces de empresa, en un mismo año.
- Flexibilización laboral
- Eludir obligaciones patronales en materia de seguridad social, higiene y seguridad en el trabajo.
- Reducción de las garantías y derechos de los trabajadores, pues en muchos casos desconocen quién es su patrono.
- Mercantilizar las relaciones patrono-trabajadores y/o las relaciones laborales, convirtiéndolas en relaciones eminentemente comerciales al amparo de otras normas distintas al derecho laboral.

EL DERECHO DEL TRABAJO TRADICIONAL O CLASICO, FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA GLOBALIZACION

¿Dónde quedaron los principios fundamentales y constitucionales que inspiraron el derecho del trabajo? Aquellos principios ideológicos que buscaban compensar esa desigualdad económica existente entre patronos y trabajadores, otorgándoles a estos últimos una protección jurídica preferente.

En la disciplina jurídica de la legislación laboral guatemalteca, es indispensable el conocimiento y comprensión de los principios que informan al derecho del trabajo, es decir, todos deben tener claro las características y naturaleza propia de cada principio, muy similares entre sí, enfocados a la **protección y defensa de los trabajadores.**³

³ Franco López, César Landelino. Derecho Sustantivo Individual del Trabajo. Editorial Estudiantil Fénix. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, 2010. Página 47.

Doctrinariamente y en toda legislación guatemalteca estos principios son:

- TUTELARIDAD DE LAS LEYES DE TRABAJO
- REGULACION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO
- DERECHO DE HUELGA
- SEGURIDAD SOCIAL

Sin embargo, la influencia de las economías mundiales, el establecimiento de sistemas financieros homogenizados y el nuevo ámbito de las relaciones económicas, donde se busca la eficiencia y eficacia en las empresas, ha supuesto un cambio trascendental en la organización del trabajo y en las relaciones patrono-trabajador.

El economista Johan Norberg, un profesor eminentemente neoliberal, en su libro “In Defense of Global Capitalism”⁴ establece que *“la globalización es el proceso a través del cual las personas, la información, el comercio y la economía de mercado traspasan las fronteras nacionales, y que esa internacionalización nos desliga a los seres humanos de los vínculos con las fronteras y nacionalidades; pues son acciones que realizamos diariamente.”* Ahora bien, debatiendo la tesis del profesor Norberg, se puede afirmar que sus conceptos son más bien filosóficos e ilusos, no reflejan una realidad concreta, pues en ninguna economía actual se puede decir que la globalización ha tenido esos efectos de internacionalización, como lo pretenden hacer ver. Es más, ¿qué significa internacionalización para una economía? Significa tener inversiones en otros países, significa comercializar productos entre países, o más bien significa tener injerencia política en las decisiones de los Estados soberanos, y en su legislación, a tal punto de pretender restringir derechos constitucionales como el Derecho al Trabajo, así como restringir los derechos humanos, al existir un Derecho Humano Laboral.

⁴ Norberg, Johan. In Defense of Global Capitalism. Cato Institute. 2003. Washington, D.C.

HACIA DONDE VA EL DERECHO DEL TRABAJO

Estamos enfrentando una evolución del derecho al trabajo a partir de la implementación de un nuevo modelo económico mundial.

“La globalización se ha traducido, en primer lugar, en la despotización de los procesos regulatorios de las relaciones de trabajo, que se escapan el campo de actuación estatal y de la regulación que ésta realiza, y evita asimismo la emanación de normas procedentes de la autonomía colectiva. Hay una relación profundamente asimétrica entre la economía y la política, como lugares de protección de reglas.”⁵

Con ello podemos determinar que el Derecho del Trabajo nacional e internacional, ha creado nuevas figuras “supranacionales” como respuesta inmediata a la mundialización económica y los derechos humanos laborales han adoptado nuevos escenarios que forman parte de una mundialización en los siguientes aspectos:

- El empleo ante la globalización
- El sindicalismo ante la globalización
- Instrumentos normativos internacionales⁶

Es decir los principios ideológicos que inspiraron al Derecho del Trabajo se ven contrapuestos a sistemas económicos, políticos y legales que operan al margen de la soberanía de las naciones y las obligan a adoptar figuras jurídicas fuera del ámbito laboral, hasta hace unos años desconocidas.

Para el Profesor Octavio Fabián Lóyzaga de la Cueva⁷ de la Universidad Autónoma Metropolitana, *“la flexibilización de los derechos laborales se ve*

⁵ Baylos Antonio. “Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto”. Cuadernos de relaciones laborales, número 15. España, 1999. Editorial Servi Publ. UCM. Página 23.

⁶ Salazar Urrutia María Isabel. “Lección VIII. Globalización y Derechos Laborales”. Manual del Derecho del Trabajo. Tomo II. Miguel F. Canessa Montejo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Rafael Landívar. Guatemala. 2011. Página 153.

reflejada en la: **estabilidad en el trabajo, puesto, salario, jornada, hasta llegar a la subcontratación de mano de obra u outsourcing.** Todo dentro del nuevo esquema laboral que busca obtener una mano de obra barata, disciplinada y con derechos laborales fuertemente disminuidos”.

Otros resultados son la pérdida del poder adquisitivo del salario y la flexibilización de los derechos laborales establecidos en las leyes y en convenios colectivos.

La globalización económica genera desafíos significativos para los derechos humanos laborales, y en el ámbito social debe analizarse con mayor detenimiento la relación entre el proceso de internacionalización de la economía y la normativa laboral de la Organización Internacional del Trabajo, que como veremos más adelante plantea la necesidad de abordar la relación entre las normas internacionales de trabajo, la mundialización, el progreso y lograr garantizar el cumplimiento de las normas internacionales.

Es evidente que el Derecho del Trabajo se ve directamente afectado y reducido en su campo de acción.

JUSTIFICACIÓN “LEGAL Y COMERCIAL” DE LAS NUEVAS TENDENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS Y A FAVOR DE LA TERCERIZACIÓN

Al ser la tercerización un proceso de “delegar” a un “socio externo” la gestión de determinados procesos de la empresa, para que el “proveedor” como experto en distintas áreas, ofrezca una mejor calidad de servicio, y una reducción de costes, surgen muchas justificaciones, al amparo de la legislación vigente:

- Atracción de capitales e inversión extranjera, ofreciendo fuerza laboral abundante, disciplinada y de bajo coste, además de derechos laborales restringidos.

⁷ “De los inicios de la flexibilización de los derechos laborales.” Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana. México, marzo de 2011. Página 227.

- Necesidad de encajar con las políticas financieras, como la cotización en bolsa
- Medir la rentabilidad de una compañía, por su fuerza laboral productiva mínima (es decir medir el valor de la compañía por trabajador)
- Reducción de costos
- Más competitividad
- Desarticular la rigidez formal del derecho laboral que permitan liberar el mercado
- Posibilidad de que personas altamente capacitadas puedan optar a oportunidades laborales en otros países

Al leer el resumen anterior, es evidente que los principios inspiradores del Derecho del Trabajo, han quedado fuera y no son tomados en cuenta bajo ninguna perspectiva.

LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y SU IMPORTANCIA PARA LOS TRABAJADORES

La recomendación 198 reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas.

- Primer punto: La protección al trabajador en su posición desigual.
- Segundo punto: La indeterminación de la existencia de una relación de trabajo o las dificultades para determinarla, suponen una clara desprotección por inaplicación de la legislación laboral protectora.
- Tercer punto: Se identifican algunas de las causas de tal desprotección, como el encubrimiento de la relación de trabajo, el recurso a acuerdos contractuales que intentan atribuir otra naturaleza a la relación laboral y las eventuales insuficiencias legislativas.

- **OIT.** Trabajo decente, un trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana . El concepto de trabajo decente lleva implícitos cuatro objetivos estratégicos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Cada uno de estos objetivos desarrolla una función para la consecución de fines más amplios, como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.
- Determinación de la existencia de una relación de trabajo
- primacía de la realidad
- Eficacia, proceso y eliminación de incentivos a las relaciones de trabajos encubiertas.

SITUACION DEL OUTSOURCING EN GUATEMALA

- Creación de sociedades mercantiles “paralelas”, algunas con los mismos accionistas o socios, que contratan al personal para evitar el desarrollo de derechos colectivos. Surgen una serie de sociedades (muchas veces del papel, es decir sin un patrimonio que pueda soportar las cargas laborales) que conforman el esquema empresarial del outsourcing.
- División de los trabajadores en distintas sociedades mercantiles (algunas propiedad de los mismos accionistas), para **evitar** que los nuevos empleados se beneficien “derechos adquiridos, ventajas económicas, y/o para evitar que formen parte de sindicatos ya existentes en las empresas”.
- En Guatemala existen aproximadamente 1,000 compañías que se dedican a la prestación de servicios relacionados con recursos humanos. Adicionalmente existen 300 compañías dedicadas única y exclusivamente al outsourcing o a la tercerización de todo tipo, sin contar las compañías de otra naturaleza (muchas proveedoras de equipos, maquinaria y/o vehículos), que conjuntamente con la venta de mercaderías y/o provisión de distintos servicios, entregan personal en calidad de outsourcing, personal

que es transferido, trasladado o removido a distintas empresas, muchas veces en un mismo año.

- Situación de mujeres embarazadas, que no pueden exigir derechos, pues solo trabajan temporalmente en las distintas empresas donde son asignadas periódicamente, por lo que no existe posibilidad de reclamar sus derechos constitucionales.
- Situación deplorable de personas suspendidas por la seguridad social, es decir si el trabajador tiene una incapacidad para trabajar, no encuentra una protección jurídica, pues no existe un patrono que se haga cargo.
- Falta de pertenencia a la empresa
- Stress por la inseguridad laboral
- Rotación mensual, semestral o periódica de trabajadores.
- Competencia desleal entre empresas de outsourcing, que para reducir costos y poder competir en el mercado, reducen al mínimo las obligaciones patronales, incluso por abajo del salario mínimo.
- Simulación laboral, al darse el encubrimiento de relaciones eminentemente patrono-trabajador, con la celebración de contratos civiles, como “prestación de servicios”, “contrato de obra”, “alquiler de maquinaria con operario”; y/o contratos mercantiles, como “comisión mercantil”, “factoraje”; los cuales desnaturalizan totalmente la verdadera relación laboral existente entre ambos.
- Contrataciones realizadas en fraude de ley, de conformidad con lo que establece la Ley del Organismo Laboral.
- Problemas de logística y administración de personal, pues muchas veces en un mismo salón, conviven trabajadores que pertenecen a “distintas empresas” por lo que, en ocasiones se les da un trato discriminatorio, por pertenecer, a una u otra empresa de outsourcing.
- Ampliación cada vez más de los conceptos de tercerización o subcontratación, pues surgen nuevas figuras como:

- ✓ **Offshoring.** Externalizar sólo la mano de obra para la realización de la producción o el servicio, normalmente en otro país con menor costo de mano de obra.
- ✓ **Administración de nóminas.** Simulación de una relación laboral, pues una empresa se dedica única y exclusivamente a ser la administradora de varias nóminas de distintas empresas (varios clientes), y comparecer como patrona ante la Seguridad Social, Inspección General de Trabajo y ante todas las entidades públicas o privadas, y en la mayoría de los casos, ni siquiera conoce a los trabajadores que forman parte de su nómina, pues se limita a realizar una labor meramente administrativa de manejo de documentos.
- ✓ **Manejo de maquinaria especial,** que se entrega con trabajadores (u operarios temporales) que son cambiados conjuntamente con la maquinaria o con la actualización de equipos.
- ✓ **Free lancers,** término anglosajón que atiende a personas a quienes solo se les asignan tareas específicas, sin el pago de ninguna prestación; siendo esta una desfiguración del trabajo a destajo, contemplado por el Código de Trabajo de Guatemala.

CODIGO DE TRABAJO DE GUATEMALA

Las actividades de las empresas de outsourcing, encuentran su regulación en un único artículo del Código de Trabajo de Guatemala, el cual establece lo siguiente:

*“Artículo 5. Intermediario es toda persona que contrata en nombre propio los servicios de uno o más trabajadores para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. **Este último queda obligado solidariamente** por la gestión de aquél para con él o los trabajadores, en cuanto se refiere a los efectos legales que se deriven de la Constitución, del presente Código, de sus reglamentos y demás disposiciones aplicables.*

No tiene carácter de intermediario y sí de patrono, el que se encargue por contrato de trabajos que ejecute con equipos o capitales propios.”

En dicho artículo vemos que existe un SOLIDARIDAD al cumplimiento de todas las obligaciones patronales y derechos adquiridos por los trabajadores (prestaciones, seguridad social, derecho de asociación en sindicatos), sin embargo las empresas se acoplan al segundo párrafo del mismo artículo, para EVADIR toda responsabilidad, argumentando que ellos “no son intermediarios sino patronos” y por ende fijan las condiciones laborales que ellos desean y en cualquier momento pueden trasladar a los trabajadores a otras empresas y a distintas planillas para continuar reduciendo los derechos de los trabajadores.

INDICIOS ESPECÍFICOS DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO, SEGÚN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

La OIT ha dictado los principios específicos que ASEGURAN la existencia de una relación de trabajo, aunque se hayan utilizado otras figuras jurídicas.

- la posibilidad de existencia de instrucciones y control (aquí sí, subordinación jurídica);
- la integración del trabajador en la organización de la empresa;
- la realización del trabajo en beneficio ajeno;
- la ejecución personal del trabajo;
- la realización de la labor en un horario determinado;
- la realización del trabajo en lugar indicado o aceptado por quien lo solicita;
- cierta duración o continuidad de la labor;
- la disponibilidad del trabajador (“estar a la orden”)
- el suministro de herramientas, maquinaria o materiales por quien recibe el trabajo;
- la periodicidad de la remuneración;
- el carácter de esa remuneración de única o principal fuente de ingresos (dependencia económica);
- la realización de pagos en especie, tales como alimentación, vivienda, transporte u otros;

- el reconocimiento de derechos típicamente laborales, como el descanso
- semanal o las vacaciones anuales;
- el pago, por parte de quien recibe el trabajo, de los viajes necesarios para
- ejecutar la labor;
- la inexistencia de riesgos financieros para el trabajador (ajenidad).
- Como se ve, se trata de un elenco de indicios que compendia acumulativamente
- las diversas propuestas que doctrina y jurisprudencia han postulado para determinar la presencia de una relación de trabajo y, por tanto, de un trabajador
- sujeto de la protección del Derecho laboral.
- La enumeración no es taxativa y no requiere la presencia de todos ellos, alcanzando con la concurrencia de “uno o varios”.

Ahora con estas recomendaciones, podemos afirmar que SI existe una relación laboral entre el trabajador entre su patrono directo, aunque este no lo sea legalmente, y la empresa de outsourcing solo es un tercero, que pretende asumir una parte de la responsabilidad.

CONCLUSIONES

- En Guatemala existe un auge de la contratación de servicios tercerizados, realizando contrataciones de tipo mercantil, y en el ámbito de este derecho se discuten los asuntos y conflictos relacionados con recursos (humanos).
- Efectivamente existe una simulación laboral, pues es evidente la existencia de una relación laboral entre el trabajador y la empresa donde “ejecuta sus servicios”.
- Es necesario que en Guatemala exista una legislación específica sobre los servicios tercerizados, pues actualmente las empresas se escudan al amparo del artículo 5 del Código de Trabajo.
- Existe una clara vulneración de los derechos de los trabajadores al restringirse derechos adquiridos en compañías, cuando dividen y descentralizan las contrataciones en distintas compañías.

- Algunas de las empresas de outsourcing ni siquiera cumplen con las prestaciones laborales y contratan al personal, bajo una figura de “servicios personales” o servicios técnicos”.
- Se ha desvirtuado la relación patrono-trabajador, al no existir esta figura, pues el trabajador muchas veces desconoce para quien trabaja.
- Discriminación en el trabajo, pues en una misma oficina, conviven trabajadores de distintas empresas (aunque pertenecen a una misma empresa pero todos con distintos patronos), y cada uno es tratado según lo que indique el patrono que lo contrata.
- Cada día es más evidente la reducción de los derechos de los trabajadores, principalmente de los más desprotegidos, como son mujeres y menores de edad.
- La globalización ha impactado directamente en el Derecho del Trabajo, permitiendo que se cometan injusticias al amparo de las leyes nacionales e internacionales.
- Los trabajadores por su propia naturaleza, no acuden a los tribunales a reclamar sus derechos.