

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

LA REINSTALACIÓN JUDICIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO
DESTITUIDO SIN JUSTA CAUSA

LUIS ESTUARDO CRUZ TRUJILLO

GUATEMALA, AGOSTO 2005

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

**LA REINSTALACIÓN JUDICIAL DEL SERVIDOR PÚBLICO
DESTITUIDO SIN JUSTA CAUSA**

TESIS

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

Por

LUIS ESTUARDO CRUZ TRUJILLO

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

ABOGADO Y NOTARIO

GUATEMALA, AGOSTO 2005

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V:	Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente:	Lic. Saulo de León Estrada
Vocal:	Lic. Álvaro Hugo Salguero
Secretaria:	Licda. Silvia Marilú Solórzano de Sandoval

Segunda fase:

Presidenta:	Licda. Ángela Aída Solares Fernández
Vocal:	Licda. Lucila Hernández de Cano
Secretaria:	Licda. Venicia Contreras Calderón

NOTA: Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la Tesis. (Artículo 25 del Reglamento para los Exámenes Técnicos Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis)

ACTO QUE DEDICO:

A DIOS, divino ser dador de toda razón, entendimiento, comprensión y sabiduría, gracias por tu gracia y misericordia hacia mi persona.

A MIS PADRES: Gracias por su apoyo, columna vertebral de mis logros.

A MI COMPAÑERA DE VIDA: Gracias por tu apoyo incondicional en todo momento.

A MIS HIJOS: Diego Alejandro, Luis Fernando y Gabriel Estuardo, quienes son la inspiración de mi vida.

A LOS LICENCIADOS: César Landelino Franco y Herminia Isabel Campos, a quienes considero mis maestros y magníficos seres humanos y Profesionales.

A MIS AMIGOS: Gracias a todos por acompañarme y ayudarme a allanar el camino hacia lo que era una de mis metas y que hoy es una realidad, especialmente a la Licenciada Silvia Lorena Campos Pérez y al Licenciado Mario Iván Ramos Hernández.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, especialmente a la FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, casa de estudios que me brindo la oportunidad de superarme, Dios permita que siga su labor promoviendo profesionales competentes.

ÍNDICE

Página

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. La terminación del contrato de trabajo

1.1. La extinción por voluntad del empleador o por causas que afectan a su persona.....	1
1.1.1. El despido disciplinario.....	1
1.1.1.1 Procedimiento para el despido disciplinario.....	8
1.1.1.2 Efectos del despido disciplinario.....	10
1.1.2 El despido colectivo.....	13
1.1.2.1 Causa del despido colectivo.....	14
1.1.2.2 Definición.....	16
1.1.2.3 Procedimiento para el despido colectivo	18
1.1.2.4 Efectos del despido colectivo.....	18
1.1.2.5 Quiebra y venta judicial de bienes.....	18
1.1.3 La extinción por fuerza mayor.....	19
1.1.3.1 Procedimiento.....	20
1.1.3.2 Efectos	20
1.1.4 La extinción por causas objetivas.....	21
1.1.4.1 Procedimiento de despido por causas objetivas	24
1.1.4.2 Efectos del despido fundado en causa Objetivas.....	25
1.1.5 Extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empleador.....	27
1.1.6 Extinción de la personalidad jurídica del empleador	28
1.2. La extinción por voluntad del trabajador o por causas que afectan a su persona.....	29
1.2.1 El desistimiento sin causa justificada.....	30
1.2.1.1 Requisitos formales.....	31
1.2.1.2 Efectos.....	31
1.2.2 La resolución por causa justificada.....	32
1.2.2.1 Definición.....	32
1.2.2.2 Procedimiento.....	35
1.2.2.3 Efectos.....	36
1.2.3 Muerte, jubilación o incapacidad del trabajador.....	36

1.3	La extinción por voluntad conjunta del trabajador y empleador	38
1.3.1.	Extinción por mutuo acuerdo.....	38
1.3.2.	Extinción por causas pactadas.....	39
1.3.3.	Extinción de contratos temporales.....	40

CAPÍTULO II

2. Las relaciones laborales de la administración pública

2.1.	Antecedentes.....	41
2.2.	Base de la relación de trabajo del servidor público.....	44
2.3.	La relación de trabajo de los servidores públicos.....	45
2.4.	Naturaleza jurídica del nombramiento.....	46
2.5.	Efectos del nombramiento.....	47
2.6.	Principios que rigen el ingreso al servicio público	47
2.7.	El servidor público.....	49
2.8.	Clases del nombramiento en el servicio público.....	49
2.8.1.	Nombramiento por servicio exento.....	49
2.8.2.	Servicio por oposición.....	51
2.9	Los puestos en el servicio público.....	51
2.10.	Requisitos para el ingreso al servicio público.....	52
2.11.	Etapas del proceso de ingreso al servicio público.....	53
2.12.	El nombramiento.....	54
2.13.	El período de prueba del servidor público.....	54
2.14.	Derechos, obligaciones y prohibiciones de los servidores públicos.....	55
2.14.1.	Derechos.....	56
2.14.2.	Obligaciones.....	57
2.14.3.	Prohibiciones.....	58
2.15	Contenido del contrato de trabajo del servidor público.....	59
2.15.1	La jornada de trabajo.....	59
2.15.2.	Los descansos.....	60
2.15.3.	El régimen salarial.....	60
2.15.4.	El régimen disciplinario.....	60

CAPÍTULO III

3. El derecho de reinstalación genérico del servidor público, despedido injustificadamente

3.1.	Antecedentes.....	63
3.2.	Definición.....	64

3.3.	La reinstalación en el Código de Trabajo.....	65
3.4.	Casos de procedencia.....	65
3.4.1.	La reinstalación en el servicio público.....	65
3.4.2.	La reinstalación en el servicio privado.....	66
3.5.	La reinstalación genérica del servidor público declarada por la doctrina sentada por la Corte de Constitucionalidad	70
	CONCLUSIONES.....	75
	RECOMENDACIONES.....	77
	BIBLIOGRAFÍA.....	79

INTRODUCCIÓN

Durante muchos años los tribunales de trabajo y previsión social han sostenido un equivocado criterio en relación a la reinstalación de los servidores públicos. Esta equivocada interpretación es producida a que se afirma, entre otras cosas, de que la reinstalación del servidor público no existe como derecho genérico y que los únicos casos de reinstalación son los de dirigentes sindicales y los de mujeres trabajadoras que encontrándose embarazadas hayan sido despedidas en vulneración a la garantía de inamovilidad de la que gozan. Esta errónea interpretación de la ley, se ha traducido a una no menos errónea aplicación de la misma, a pesar de que la Ley de Servicio Civil en su Artículo 83 establece con absoluta claridad el derecho de reinstalación para los trabajadores del Estado que hayan sido despedidos sin justa causa.

Sin embargo, el criterio antes relacionado ha sido desvirtuado por la interpretación que la Corte de Constitucionalidad ha hecho de las normas 81 y 83 de la Ley de Servicio Civil y ha conducido a que se sienta la doctrina legal que impone que la reinstalación del servidor público pase a convertirse en un derecho genérico de todos aquellos trabajadores del Estado que sean objeto de un despido injusto. Esta doctrina legal sentada por la Corte de Constitucionalidad en el mes de octubre del año dos mil cuatro, coincide con la tesis sustentada en esta investigación desde el año dos mil tres, relacionada a que el servidor público que ha sido despedido injustificadamente puede optar al momento de demandar entre el pago de la indemnización por tiempo de servicio o bien, por reclamar su reinstalación al mismo puesto del que ha sido despedido y al pago de los salarios dejados de percibir correspondientes al tiempo que se mantuvo ilegalmente despedido al servidor público.

En esta dirección entonces, esta investigación monográfica comprueba la existencia y procedencia de aquel derecho genérico para los servidores públicos.

La presente investigación se contiene en tres capítulos, de los cuales el primero está orientado a estudiar la terminación del contrato de trabajo doctrinaria y legalmente; el segundo capítulo, cuyo propósito es analizar la fundamentación legal de la figura de las relaciones laborales en la administración pública y un tercer capítulo, cuyo propósito es analizar la institución de la reinstalación genérica del trabajador del Estado o servidor público que ha sido despedido injustamente.

CAPÍTULO I

1. La terminación del contrato de trabajo

1.1. La extinción por voluntad del empleador o por causas que afectan a su persona

En relación a este tema Karl Larence señala: “La ley no reconoce a la sola voluntad del empleador capacidad para extinguir el contrato de trabajo, necesitando alegar en todo caso alguna de las causas legales, que son posibles agrupar en tres bloques:

- a) Causas relacionadas con la persona del trabajador: con su conducta (el despido disciplinario) o con circunstancias objetivas que afectan a su capacidad profesional (los supuestos de extinción por causas objetivas);
- b) Causas relacionadas con el funcionamiento de la empresa (las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, que pueden dar lugar ya sea a despidos colectivos o a despidos individuales; y la fuerza mayor);
- c) Causas relacionadas con la persona del empleador (muerte, jubilación, incapacidad y extinción de la personalidad jurídica del empleador).”¹

1.1.1. El despido disciplinario

El despido disciplinario es lo que en Guatemala conocemos como el despido justificado y es parte de la forma de terminación: por causa imputable a una de las partes.

Karl Larenz en relación a las causas que producen el despido disciplinario señala:

¹ Tratado del Derecho del Trabajo. Pág. 94

- a) **“Impuntualidad o inasistencia.** Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o asistencia al trabajo. Hay que hacer la distinción entre impuntualidad (retrasos, pero también ausencias durante el trabajo) e inasistencias del trabajador (lo que incluye la no realización de tareas, aun permaneciendo en el centro de trabajo; o, en general el incumplimiento de las obligaciones laborales), exigiendo la concurrencia de los requisitos de gravedad (repetidas) y culpabilidad (injustificadas). En cuanto a la injustificación, la doctrina señala que esta causa no opera automáticamente, sino que habrá que analizar individualmente cada conducta con atención al siempre importantísimo factor humano, teniendo en cuenta las circunstancias del caso: peculiaridad de la función profesional, margen de libertad de actuación, así como la tolerancia previa del empleador. En todo caso, corresponde al empleador probar las inasistencias o impuntualidades y al trabajador probar la justificación de las mismas.

Casos específicos son los de ausencias por incapacidad temporal, por privación de libertad y por tomar unilateralmente las vacaciones. En caso de incapacidad temporal, tanto si deriva de causas comunes como de causas profesionales, el trabajador debe comunicar la situación a la empresa y aportar el parte médico de baja. No obstante, el retraso del trabajador en cursar los partes facultativos constituye una infracción administrativa pero no una conducta que justifique el despido.

En cuanto a las ausencias al trabajo derivadas de la privación de libertad, sólo a partir de la firmeza de la sentencia penal son constitutivas de incumplimiento contractual sancionable con el despido. Asimismo, constituye incumplimiento grave e injustificado el hecho de tomar las vacaciones unilateralmente.

- b) **Indisciplina o desobediencia.** La indisciplina o desobediencia del trabajador se corresponde con el incumplimiento del deber de obediencia. En todo caso, la desobediencia puede serlo tanto a órdenes concretas como a normas que regulen la realización del trabajo de que se trate.

Hay que traer a cuenta que en relación al deber de obediencia, que para ser sancionable debe tratarse de una desobediencia injustificada y que, por tanto, pese a la doctrina general de que el trabajador debe primero obedecer aunque luego reclame, se admite la desobediencia cuando concurren circunstancias de peligrosidad, ilegalidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa.

En cuanto a la gravedad de la desobediencia, tal requisito conlleva que se trate de una desobediencia clara, abierta, terminante y firme, por lo que no incluye un incumplimiento ocasional de un mandato empresarial. La gravedad se demostrará normalmente por su reiteración, aunque también es sancionable una única desobediencia en función de sus circunstancias, que trasciende a terceros, como clientes; que tenga graves efectos. En todo caso, debe tratarse de una voluntad manifiesta de enfrentarse al empleador.

Aunque, en fin, puede haber desobediencia tanto si se incumplen las órdenes empresariales dolosamente con voluntad inequívoca de incumplir, como por simple negligencia.

- c) **Ofensas verbales o físicas.** Las ofensas verbales o físicas al empleador o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan

con ellos. Con relación a ésta causa conviene resaltar los siguientes aspectos:

- En cuanto a las conductas sancionables, desde luego se incluyen tanto los insultos, como las agresiones físicas, incluyendo entre tales conductas al acoso sexual. Pero quedan incluidas también las ofensas realizadas por escrito, que incluso revisten mayor gravedad si son públicas y culpabilidad por intencionales. Asimismo, se incluyen las amenazas y los chantajes. Cabe sancionar incluso las ofensas producidas fuera del centro de trabajo y de la jornada laboral, siempre que tengan relación con el trabajo.
- En cuanto a los sujetos ofendidos, hay que señalar, que aparte del empleador persona física, puede resultar ofendida la empresa persona jurídica y que, entre los compañeros, puede tratarse de los directivos. Pero puede tratarse asimismo de trabajadores de otra empresa, o de clientes o del público.
- En cuanto al requisito de gravedad, no se requiere reiteración, bastando con una ofensa grave y es indiferente que la conducta constituya o no un delito o falta penalmente sancionable. En términos generales, la gravedad ha de graduarse en función de diversos factores, por medio de la aplicación de una teoría gradualista, que tiene en cuenta los datos subjetivos (antigüedad, nivel cultural, conducta anterior, nivel de responsabilidad, categoría profesional, nivel de familiaridad en la empresa) u objetivos (publicidad, escritura) que concurran en cada caso concreto. Aunque en todo caso se suele considerar que ciertas expresiones son ofensivas en sí mismas.

- En fin, en cuanto a la culpabilidad, partiendo de que quedan incluidas tanto las conductas dolosas como las culposas, no obstante hay que señalar respecto de las ofensas verbales que se requiere una intencionalidad o animus injuriandi.

Pero el ánimo ofensivo se presume, aunque puede probarse que no hubo intención de ofender, en cuyo caso no hay responsabilidad. En tal sentido, determinadas circunstancias (campaña electoral en el trabajo, transmisión de quejas por un representante, defensa de otro trabajador o del mismo presuntamente ofensivo en su pliego de descargos, etc.) suelen ser consideradas para demostrar la inexistencia de ánimo ofensivo. En fin, otras circunstancias pueden actuar como atenuantes.

- d) **Deslealtad.** La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Consiste en actuaciones dolosas o negligentes del trabajador que producen la pérdida de confianza por parte del empleador, aunque no causen daño a la empresa sin que sea preciso que se trate de una actividad delictiva. Así, la apropiación dineraria independientemente de su cuantía, la sustracción de mercancías con independencia del perjuicio causado; la concurrencia desleal; o la ocultación de hechos delictivos cometidos por otros. En general, las infracciones a la buena fe contractual.

Un supuesto frecuente de deslealtad lo es trabajar en situación de incapacidad temporal; tanto si el trabajo es por cuenta propia o ajena, retribuido o no. Pero en algunas naciones los tribunales aplican una

doctrina gradualista, de modo que haya una proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción, considerando si el trabajo -o actividad lúdica- es susceptible de perturbar la curación o evidencia aptitud laboral con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa.

- e) **Disminución del rendimiento.** Se considera incumplimiento contractual la disminución tanto del rendimiento normal como del pactado. Tal disminución ha de ser apreciada a través de un elemento de comparación que opere en condiciones de homogeneidad, tomando como referencia los pactos sobre rendimiento, que serán válidos siempre que no sean abusivos (cuando no revelen anormalidad, desproporción o exceso en el mínimo estipulado) o, en su defecto, el que resulte debido. De este modo la disminución de rendimiento puede consistir en no alcanzar el que se hubiera pactado como exigible en convenio colectivo o en pacto individual o el que venía obteniendo el mismo trabajador o, si tal criterio de comparación no es posible, el que vinieran alcanzando otros trabajadores de igual o similar categoría.

Tradicionalmente, se exige voluntariedad y gravedad continuada en la disminución del rendimiento. En cuanto a la voluntariedad, puede consistir en mera culpa del trabajador; por ejemplo: bajo rendimiento debido a realizar otras actividades en horas libres. Además, toda disminución de rendimiento se entiende voluntaria si no se acreditan causas ajenas al trabajador que impidan el rendimiento. Al empleador corresponde probar la disminución y al trabajador la concurrencia de circunstancias justificativas. De haber involuntariedad, habrá ineptitud del trabajador, constituyente de una causa de extinción objetiva del contrato.

En cuanto a la exigencia de continuidad en la disminución, esta ha de durar por lo menos diez días. En términos generales, durante un período de tiempo suficiente para relevar que no es ocasional.

- f) **Embriaguez y toxicomanía.** La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo». La embriaguez ha de ser habitual y no esporádica, si bien cuando pone en riesgo la vida de terceros, por ejemplo: los conductores, basta la embriaguez no habitual. Por toxicomanía hay que entender tanto el alcoholismo como la drogadicción que, pese a ser enfermedades, la ley no las considera como tales por ser imputables a quien las sufre.

En todo caso, la embriaguez o la toxicomanía habrán de repercutir negativamente en el trabajo (disminución en el rendimiento, riesgo de accidentes propios o de compañeros o terceros), siendo el empleador el que deberá probarla.

- g) **Otras causas.** Conviene tener en cuenta, no obstante, que los convenios colectivos establecen la gradación de faltas y sanciones de los trabajadores. En estas normas será posible concretar las causas legales, incluyendo o excluyendo entre las faltas muy graves determinadas conductas del trabajo que puedan dar lugar al despido, con el único límite de no poder configurar como causa de despido aquellas conductas que no sean subsumibles en alguna de las causas legalmente enumeradas.

Al respecto téngase en cuenta que el Convenio No. 158 de la OIT, permite poner término a la relación de trabajo de un trabajador por una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada

en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.”²

1.1.1.1. Procedimiento para el despido disciplinario

En relación al procedimiento que debe seguirse para que el despido disciplinario, Kerl Larenz señala: “Para despedir a un trabajador con base en alguna de las causas anteriores, el empleador lo debe notificar por escrito al trabajador (carta de despido) indicando los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto. Si el trabajador es representante legal o delegado sindical procede la apertura de expediente contradictorio (expediente de formulación de cargos) y si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empleador le consta, éste debe dar audiencia previa a los delegados sindicales de la correspondiente sección sindical.

Ha de hacerse por escrito, si bien conductas inequívocas del empleador reveladoras de la intención de terminar el contrato, ya sea de forma expresa, negando el acceso al centro de trabajo o tácita constituyen asimismo un despido defectuoso formalmente. También el cese por fin de contrato aparentemente temporal puede ser constitutivo de despido.

En cuanto a los hechos imputados, no es suficiente la remisión a una causa genérica pero, a la inversa, tampoco es necesaria una indicación exhaustiva de los hechos, bastando una indicación clara y precisa de los mismos que permita la defensa del trabajador. En cualquier caso, no se exige que la carta califique jurídicamente los hechos imputados.

En cuanto a la fecha del despido, lo que tradicionalmente se regula es que se fije una fecha a partir de la cual el despido produce efectos, pudiendo coincidir o no

² Ibíd. Pág. 101

con la fecha de emisión de la carta. En caso de omisión de la fecha, se entiende que el despido es formalmente defectuoso, si bien en ocasiones se salva la validez del despido, entendiendo que la fecha del despido sería la de la recepción de la carta por el trabajador. En caso de no coincidir la fecha contenida en la carta de despido con la del despido real o efectivo, prevalecerá esta última fecha.

La notificación del despido ha de hacerse al trabajador (es un acto recepticio), debiendo poner el empleador todos los medios razonables para ello: entrega en el centro de trabajo, en su domicilio con acuse de recibo, etc. También surte efectos la firma por testigos en caso de que el trabajador se rehúse a recibirla. En todo caso, la prueba de que se entregó la carta corresponde al empleador.

Siempre debe tenerse en cuenta la prescripción de las faltas, así como si se trata de un trabajador afiliado a algún sindicato, los delegados sindicales deberán ser oídos por la empresa previamente a la notificación del despido, siempre que al empleador le constase su condición de afiliado. Y en todo caso, el empleador está obligado a informar al comité de empresa de todos los despidos efectuados si bien el incumplimiento de esta obligación no genera la improcedencia del despido.

No debe olvidarse, un requisito indispensable para el despido, cual es la formación del expediente contradictorio respecto de los representantes legales de los trabajadores o de los delegados sindicales.

El trabajador despedido tiene un plazo determinado para ejercer la acción contra el despido, contado a partir de la fecha en que se hubiera producido. Este plazo puede verse interrumpido o suspendido por la presentación de la solicitud de conciliación o por la reclamación administrativa previa cuando el empleador sea público.

El ofrecimiento de readmisión una vez presentada la demanda por despido no restablece la relación.”³

1.1.1.2. Efectos del despido disciplinario

Al respecto, Karl Larenz señala: “El despido podrá ser calificado judicialmente como procedente, improcedente o nulo.

- a) **Despido Procedente.** El despido será declarado procedente cuando el empleador hubiese acreditado el incumplimiento alegado, es decir, hubiese probado los hechos alegados, su gravedad y la culpabilidad del trabajador.

El despido procedente convalidará la extinción del contrato sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación. Aunque el trabajador puede, si cumple los requisitos precisos, solicitar prestación de desempleo.

- b) **Despido Improcedente.** El despido será declarado improcedente cuando el empleador no acredite el incumplimiento alegado en su comunicación escrita al trabajador o cuando el incumplimiento acreditado no sea grave y culpable. Asimismo, se califica de improcedente la extinción de un contrato temporal ilegal o en fraude de ley.

El despido improcedente permitirá al empleador optar, entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización por año de servicio, teniendo derecho el trabajador en ambos casos a los salarios de tramitación, esto es, a los salarios dejados de percibir desde la fecha del

³ *Ibíd.* Pág. 111

despido hasta la fecha de notificación de la sentencia o hasta que haya encontrado el trabajador otro empleo

El empleador puede, no obstante, reducir sensiblemente el pago de los salarios de tramitación. Para ello, en el acto de conciliación, tendrá que reconocer el carácter de improcedente el despido y ofrecer la indemnización prevista, sin condicionarla a la firma de saldo y finiquito. De este modo, los salarios de tramitación quedan reducidos al tiempo que media entre el despido y el acto de conciliación. Tal posibilidad solamente cabe cuando la opción entre readmitir o indemnizar corresponda al empleador, no cabe en casos de despidos discriminatorios o de representantes de los trabajadores.

En cuanto a la indemnización, un convenio colectivo podrá eventualmente mejorarla. Su salario regulador será el salario realmente percibido en el momento del despido o aquél al que se tiene derecho de ser éste mayor, pero no se tienen en cuenta los incrementos salariales por revisión del convenio posterior al despido. Incluye las partes de vencimiento periódico. De él no podrá descontarse la parte proporcional de pagas extras ni las cuotas de seguridad social. Por año de servicio hay que entender el tiempo realmente trabajado en la empresa, computándose las situaciones suspensivas por incapacidad temporal.

Por lo que se refiere a la readmisión, (reinstalación en el Derecho del Trabajo guatemalteco) ésta habrá de hacerse en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido.

Cuando el empleador haya optado por la readmisión debe comunicar por escrito al trabajador, en la fecha de reincorporación al trabajo, para

efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito.

En el caso de despido improcedente de un representante del personal, será éste el que ejercerá el derecho de opción y no el empleador, siendo obligada su readmisión si el trabajador optase por esta última. Siempre a salvo la posibilidad de nuevo despido, si éste es improcedente por motivos formales.

c) **Despido nulo.** El despido será declarado nulo solamente por las siguientes causas:

- a) Cuando el despido tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en las leyes, cuya ausencia deberá probar el empleador cuando existan indicios racionales de discriminación presentados por los trabajadores.
- b) Cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (por ejemplo, si se efectúa en represalia frente a una reclamación del trabajador).
- c) Cuando, salvo que se declare procedente, se trate del despido:
 - i. De trabajadores durante el período de suspensión por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento; o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice en dicho periodo;
 - ii. De trabajadoras embarazadas, desde el inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión antes referido;
 - iii. De los trabajadores que hayan solicitado los permisos por lactancia o por cuidado de hijos o familiares, o los estén disfrutando;

- iv. De los trabajadores que hayan solicitado la excedencia por cuidado de hijos o familiares.

Los efectos del despido nulo serán la readmisión inmediata del trabajador y el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir, que recaen totalmente por la empresa.”⁴

1.1.2. El despido colectivo

Aunque el despido colectivo no es un instituto que exista en nuestro Derecho del Trabajo, Karl Larenz, trae a cuenta la experiencia española y señala: “En España existe una Directiva Comunitaria, sobre despidos colectivos (de 10 o más trabajadores), que exige tan sólo la comunicación a la autoridad laboral de los despidos colectivos efectuados por la empresa por razones no inherentes a la persona de los trabajadores, tras un período de negociaciones con los representantes legales de los trabajadores.

Únicamente España, junto con Holanda y Grecia, mantienen dentro de la Unión Europea un sistema de autorización administrativa para los despidos colectivos. Pero, con todo, lo importante no es la distinción entre sistemas de control administrativo o, por el contrario, judicial de los despidos. Lo importante es el grado de control que las autoridades administrativas o tribunales laborales ejerzan sobre la decisión patronal, así como la cuantía de las indemnizaciones correspondientes y, en su caso, la nulidad o simple improcedencia de los despidos efectuados sin autorización.”⁵

⁴ *Ibíd.* Pág. 127

⁵ *Ibíd.* Pág. 128

1.1.2.1. Causa del despido colectivo

Relacionado con las causas que pueden provocar el despido colectivo, Larenz señala: “Según el número de trabajadores despedidos, las mismas causas pueden dar lugar a un despido colectivo con autorización administrativa o a despidos individuales o plurales sin autorización, pero con un posible control judicial posterior.

Se entenderá que tales causas existen cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos. Si esas medidas son razonablemente necesarias para alcanzar esos fines, debe concederse la autorización para despedir.

Hay que analizar, pues, cuáles son esas causas y cuándo procede autorizar los despidos propuestos en base a las mismas. Se identifican cuatro tipos de causas:

- a) **Por causas económicas.** Éstas se han venido entendiendo como una situación de pérdidas en la empresa. Según la doctrina, se trata de cualquier modalidad de un estado desequilibrado y crítico de la estructura económica y financiera de la empresa. Por lo demás, tal situación negativa puede deberse a causas últimas muy variadas: contracción de la demanda, pérdida de mercados, etc.
- b) **Por causas técnicas.** Estas se entienden como una renovación del proceso productivo, una inversión en la renovación de los bienes de capital. Para la

doctrina, son aquellas que implican alteración o modificación del proceso de producción introduciendo nuevos métodos.

- c) **Las causas productivas.** Estas se confunden con las técnicas en cuanto modificación del proceso productivo o con las económicas, en cuanto a variaciones del mercado que producen una situación de pérdidas. O bien, se trata de supuestos próximos a situaciones de fuerza mayor, tales como averías de vehículos o accidentes atmosféricos habituales. En todo caso, pueden justificar la medida empresarial independientemente de la existencia de pérdidas.

- d) **Las causas organizativas.** Éstas sí no hay que confundirlas con las técnicas. Estas se tratarán de reorganizaciones del sistema productivo en cuanto a los sistemas y métodos de trabajo que no requieran necesariamente una inversión de capital. Puede tratarse, principalmente, de decisiones descentralizadoras de la organización productiva.

La cuestión central es el control a ejercer sobre la medida empresarial de despido basada en las mismas. En este sentido, los despidos estarán justificados y por tanto, deben ser autorizados por la autoridad laboral, cuando sea ésta la que debe pronunciarse por falta de acuerdo con los representantes, cuando de la documentación aportada se desprenda razonablemente que los mismos son necesarios para los fines señalados. No basta con que haya un nexo de causalidad entre la causa existente y los despidos, sino que los despidos razonablemente deben ser necesarios para alcanzar esos objetivos. La autoridad administrativa tiene que hacer un juicio de razonabilidad y admitir los despidos si son razonables, independientemente de que otras medidas alternativas también pudieran serlo.

Esos fines a alcanzar se concretan en superar una situación negativa si la causa alegada es económica o para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma, si la causa alegada es técnica, organizativa o productiva.

Siendo las causas legalmente exigidas las mismas que se exigen respecto de las medidas de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones y despidos no colectivos por causas objetivas, lo que varía significativamente es el objetivo en función del cual hay que valorar la razonabilidad de la medida en cada uno de estos casos.

Así, respecto de las medidas de movilidad geográfica y modificación sustancial, el objetivo es, esencialmente mejorar la situación de la empresa. Respecto de las medidas de despido no colectivo, el objetivo es, esencialmente, la superación de situaciones económicas negativas o superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa. Respecto de estas medidas de despido colectivo, el objetivo es superar una situación económica negativa o garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma. Lógicamente, pues, cuanto más grave es la medida empresarial, más exigente es el objetivo a alcanzar que la justifique.

1.1.2.2. Definición

Karl Larenz señala: “El despido colectivo, frente al despido objetivo cuyas causas son casi idénticas; difieren, en parte, los objetivos, lo es en función del número de trabajadores despedidos en un cierto período de tiempo, en relación con el número de trabajadores de la empresa y el alcance total o parcial de la cesación de la actividad empresarial.

Es colectivo el despido que, en un período de noventa días, afecte al menos al siguiente número de trabajadores:

- a. 10 (en empresas de hasta 100), al 10 por 100 (en empresas de 100 a 299) o a 30 (en empresas de 300 o más).
- b. O cuando el despido afecte a la totalidad de la plantilla por cese de la actividad empresarial, y el número de trabajadores sea superior a cinco.

En cuanto al cómputo de los trabajadores afectados y al período de referencia, hay que hacer las siguientes precisiones:

Para calcular el número de despidos hay que sumar no solamente los despidos por este tipo de causas, siempre que sean, al menos, cinco, sino también otras extinciones que se produzcan en el período de referencia «por iniciativa del empleador en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador». A los despidos por causas económicas, etc., hay que sumar, por lo tanto, otras extinciones (bajas incentivadas, jubilaciones anticipadas; no los despidos disciplinarios; seguramente, las extinciones derivadas de traslados o modificaciones sustanciales).

En cuanto al período de referencia, producidos unos despidos, si en los ochenta y nueve días anteriores o posteriores se han producido o se producen otros por cualquiera de las causas antes citadas, todos ellos integran un despido colectivo. Asimismo, tienen ese carácter las extinciones realizadas en períodos sucesivos de 90 días, sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación. Es decir, se trata de evitar que mediante el fraccionamiento de los despidos se eluda la

aplicación del procedimiento de despido colectivo; si no se actúa así y se efectúan dichas nuevas extinciones se considerarán fraudulentas y nulas.”⁶

1.1.2.3. Procedimiento para el despido colectivo

La extinción por despido colectivo exige un pacto con los representantes o una autorización administrativa, previo expediente de regulación de empleo, lo que no impide que este procedimiento se pueda amortizar acudiendo al mutuo acuerdo individual para extinguir con todos y cada uno de los trabajadores afectados.

1.1.2.4. Efectos del despido colectivo

La autorización para despedir concedida por la autoridad laboral no produce un efecto directo: se trata de una simple autorización, en uso de la cual podrá a continuación el empleador proceder a los despidos específicamente autorizados.

Se reconoce el derecho de prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores (unitarios y delegados sindicales). En todo caso, un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción realizado sin autorización administrativa previa (sin haber instruido expediente o mediando una resolución administrativa denegatoria) sería un despido nulo a declarar judicialmente.

1.1.2.5. Quiebra y venta judicial de bienes

La declaración de quiebra producirá la continuidad de los contratos de trabajo si se acordase por los síndicos continuar la actividad de la empresa. En caso contrario (y también en otros supuestos de cese de la actividad de la empresa por decisión

⁶ *Ibíd.* Pág. 135

judicial), será preciso tramitar el expediente resolutorio de regulación de empleo ante la autoridad laboral competente, pero solamente a los efectos de acceso de los trabajadores afectados a la prestación por desempleo. Por tanto, en este caso de declaración de quiebra la decisión de los síndicos de no continuar constituye causa justificadora suficiente. No obstante, según el mismo apartado, hay que proceder a las preceptivas consultas y se mantiene el derecho a la indemnización.

En caso de venta judicial total o parcial de la empresa, el nuevo empleador deberá continuar con los contratos, subrogándose en los derechos y obligaciones del anterior, si bien puede a su vez extinguir o suspender los contratos de trabajo, pero debiendo pactar con los representantes o iniciar -si no llega a un acuerdo- un expediente de regulación de empleo en estos últimos casos.

1.1.3. La extinción por fuerza mayor

Este caso de extinción del contrato de trabajo, no es más que la terminación del contrato de trabajo por fuerza mayor regulado en nuestro Código de Trabajo como una forma excepcional de terminación de la relación laboral.

Karl Larenz al respecto señala: “Por fuerza mayor hay que entender un hecho involuntario, imprevisible e inevitable, que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo. Los hechos pueden ser catastróficos: incendios, inundaciones, terremotos, etc. o no: una decisión de los poderes públicos o *factum principis*, igualmente imprevisible o inevitable tal como una expropiación forzosa, pudiendo distinguir, por tanto, entre fuerza mayor propia e impropia.

En todo caso, lo relevante es que el hecho imposibilite definitivamente, no temporalmente, en cuyo caso sería una causa suspensiva, la prestación de trabajo.

Y de tratarse de fuerza mayor impropia, la decisión de los poderes públicos no debe ser imputable al empleador sino ajena a él.

1.1.3.1. Procedimiento

La existencia de fuerza mayor, para que produzca la extinción de las relaciones de trabajo, habrá de ser constatada por la autoridad administrativa laboral competente, previa instrucción de un expediente de regulación de empleo. La autoridad competente es la señalada para los despidos colectivos.”⁷

La solicitud de extinciones contractuales por causa de fuerza mayor se hará por el empleador a la autoridad laboral por escrito y dicha autoridad resolverá, previas las diligencias indispensables precisas, en el plazo de cinco días.

Contra la resolución administrativa cabrá interponer un recurso administrativo ordinario y, contra la resolución de éste, un recurso contencioso-administrativo.

1.1.3.2. Efectos

La resolución administrativa que constate la existencia de fuerza mayor y autorice la extinción contractual producirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor. En todo caso, un despido por fuerza mayor realizado sin haber obtenido la previa autorización administrativa será declarable judicialmente despido nulo.”⁸

⁷ *Ibíd.* Pág. 141

⁸ *Ibíd.* Pág. 143

1.1.4. La extinción por causas objetivas

En cuanto a este tema Larenz señala: “Las causas objetivas de extinción contractual son:

- a) La ineptitud del trabajador sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa u originaria pero desconocida para el empleador, salvo que hubiese habido período de prueba en cuyo caso no podrá alegarse.

La ineptitud, causa objetiva de extinción contractual, debe distinguirse de la incapacidad temporal, que es causa de suspensión contractual, de la incapacidad permanente –en los grados de total, absoluta o gran invalidez-, que son causas de extinción contractual y de la incapacidad permanente parcial, que es causa de movilidad funcional y geográfica. A este respecto cabe hacer dos puntualizaciones:

- i. Si la incapacidad parcial no afecta al rendimiento normal del trabajador, deberá reincorporarle al mismo puesto o, en caso de imposibilidad (no se comprende cuál pudiera ser) mantenerle el nivel retributivo; y, si el empleador acredita la disminución en el rendimiento, deberá ocuparle en un puesto adecuado o, si éste no existiera, reducirle proporcionalmente el salario, pero en no más de un 25%. En todo caso, no puede despedir. Además, si el trabajador ha sido cambiado de puesto, y recupera la capacidad en un plazo de tres años, deberá ser reincorporado al puesto originario.

- ii. En caso de incapacidad permanente total o absoluta, en principio el contrato se extingue. Pero, pese a la pérdida de facultades, no cabe declarar una situación de incapacidad permanente total o absoluta si el trabajador carece de las cotizaciones necesarias para obtener una pensión. En tal caso, al no declararse la situación, el contrato no se extingue automáticamente, pero puede despedirse por el empleador por causa de ineptitud.

Por exclusión de las situaciones antes mencionadas, la ineptitud se reduce a una genérica falta de aptitud o de conocimientos para el trabajo pactado, incluida la carencia de la titulación exigida para la realización de su trabajo. Así, la retirada del carné de conducir, la carencia de titulación para enseñar, la suspensión de la licencia de armas o la inhabilitación profesional. En general, se trata de incumplimientos involuntarios o cuya voluntariedad no puede probarse de las obligaciones contractuales de trabajador.

b) La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo. Esta situación condiciona la extinción del contrato a:

- i. Que hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. Naturalmente, por convenio colectivo o contrato individual será posible ampliar este período de adaptación. Si la empresa ofrece la realización de un curso de reconversión o perfeccionamiento profesional a cargo de un organismo oficial o propio, el contrato quedará suspendido, pero con derecho al salario medio que viniera percibiendo el trabajador por hasta tres meses, lo que también es susceptible de mejora. Ambos períodos, el legal de adaptación y el potestativo de perfeccionamiento parecen acumulables.

- ii. Que los cambios tecnológicos introducidos sean razonables. En este sentido, debe haber razones productivas serias y deben respetarse los límites del grupo y de la categoría profesional (no siendo razonable asignar a un peón, por ejemplo, tareas especializadas).
- c) Cuando exista necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo. A tal efecto, el empleador acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

La amortización de los puestos de trabajo a que se ha hecho referencia debe estar motivada en alguna de las siguientes causas:

- i. Económicas Hacen referencia a una situación económica negativa de la empresa en su conjunto, que ha de ser objetiva, real y actual. No es necesario que la situación económica negativa sea irreversible, ni que la amortización de los puestos sea por sí sola medida suficiente para superarla, bastando con que contribuya de forma directa y adecuada a la mejoría de la empresa en el marco de un proyecto de recuperación de su equilibrio.
- ii. Técnicas inciden en los medios o instrumentos de producción, organizativas que atañen a los sistemas y métodos de trabajo del personal o de producción las que afectan al campo de los productos o servicios que la empresa ofrece. Las diferencias con el despido colectivo no son sólo cuantitativas, porque en este caso su finalidad

es superar las dificultades actuales que impidan el buen funcionamiento de la empresa. También se ha señalado que cuando se alegan estas causas la conexión entre los despidos y la superación de las dificultades es más directa y estricta porque va más allá del mero contribuir a superarlas.

1.1.4.1. Procedimiento de despido por causas objetivas

Requisitos para extinguir un contrato por causas objetivas:

1. La comunicación escrita al trabajador, indicando la causa. No bastará la expresión abstracta de la causa sino los hechos que la motivan, al objeto de que el trabajador pueda defenderse.
2. La puesta a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de una indemnización
3. La concesión de un plazo de preaviso de treinta días a contar desde la entrega de la comunicación escrita, sustituible por el abono de los salarios correspondiente a dicho período.
4. Si se trata del supuesto de amortización de puestos de trabajo, se dará copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores. En realidad, hay que entender que se trata de una copia del escrito de despido, puesto que no hay propiamente un escrito distinto de preaviso, sino solamente la comunicación del despido que debe entregarse con antelación a la efectividad del mismo. No se dice cuál es el plazo para entregar esta copia.
5. Durante el preaviso, el trabajador o su representante legal, si lo tuviera, tendrá derecho a un permiso retribuido, con el fin de buscar un nuevo empleo.

1.1.4.2. Efectos del despido fundado en causa objetivas

El trabajador podrá recurrir la decisión extintiva como si se tratara de un despido disciplinario , dentro del plazo de caducidad de 20 días, a contar a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo; pero también puede anticiparse a la efectividad del despido y recurrir desde el momento en que recibe la comunicación escrita.

La extinción contractual podrá ser declarada procedente, improcedente y nula:

- a) **Procedencia.** Será declarada procedente la decisión extintiva cuando el empleador, habiendo cumplido los requisitos formales exigidos, acredite la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.

En este caso, se declarará extinguido el contrato de trabajo, consolidando la indemnización recibida y pasando al trabajador a la situación de desempleo voluntario.

- b) **Improcedencia.** Será declarada improcedente la decisión extintiva cuando el empleador no hubiese acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.

En este caso, los efectos serán los previstos para el despido disciplinario, esto es, la opción empresarial, o del trabajador representante entre la readmisión o la indemnización

- c) **Nulidad.** Será declarada nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

- i. Cuando el empleador hubiera incumplido las formalidades legales de comunicación escrita con indicación de causa o no se hubiese puesto a disposición del trabajador la totalidad de la indemnización correspondiente; no así en el caso de error excusable.
- ii. Cuando el despido resulte discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.
- iii. Cuando el despido constituía realmente parte de un despido colectivo en un período de 90 días y no se solicitó ni obtuvo autorización; o cuando se produce fraudulentamente en períodos sucesivos.
- iv. Cuando, como en el despido disciplinario, la extinción, salvo que sea procedente, se produzca en períodos de suspensión por maternidad, etc.; o desde el inicio del embarazo; o solicitud de permisos por lactancia, etc.; o solicitud de excedencia por cuidado de hijos o familiares.

No procede la declaración de nulidad cuando se hubiese omitido el plazo de preaviso, no se hubiera entregado copia a los representantes o no se hubiese concedido el permiso retribuido para buscar nuevo empleo.

La posterior observancia por el empleador de los requisitos formales incumplidos no constituirá en ningún caso subsanación de primitivo acto extintivo, sino un mero acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

Los efectos de la nulidad de la decisión extintiva serán los mismos que los del despido disciplinario nulo, esto es, la inmediata readmisión del trabajador y el abono de los salarios de tramitación dejados de percibir.”⁹

⁹ *Ibíd.* Pág. 147

1.1.5. Extinción por muerte, jubilación o incapacidad del empleador

En relación a la terminación del contrato de trabajo por estas causas, Larenz señala: “La muerte del empleador persona física, su jubilación o incapacidad, constituyen causas legales de extinción del contrato de trabajo, siempre que no se continúe con los contratos de trabajo a través de sucesor.

a) Muerte del empleador

La muerte física del empleador constituye causa legal de extinción de los contratos de trabajo de su personal, de no existir un suceso que acepte subrogarse contractualmente en su lugar y continuar con los contratos de trabajo.

El sucesor del empleador es libre para continuar con la empresa o extinguir los contratos de trabajo, en cuyo caso, sin necesidad de expediente de regulación de empleo ni autorización administrativa, bastará con comunicar esa voluntad extintiva a los trabajadores. En este sentido, la aceptación de la herencia no supone la continuidad de la empresa, siendo necesaria una manifestación positiva de voluntad en tal sentido, admitiéndose un plazo prudencial de actividad empresarial de los herederos tras la muerte del empleador en orden a liquidar razonablemente la empresa, sin que de ello quepa presumir que han aceptado continuar con la misma.

En todo caso, si los herederos transmitieran la empresa como tal o parte de ella, con entidad propia, jugarían las normas de sucesión de empresa.

b) Jubilación

La jubilación del empleador constituye una causa legal de extinción de los contratos de trabajo del personal respecto de la actividad de la que se jubilara (por lo que puede continuar en otras), siempre que hubiese optado por el cierre de la empresa y no por la continuidad de la titularidad de la misma a través de representante. Esta opción será ejercitada libremente por el empleador, sin que haya plazo para la extinción.

c) Incapacidad

La incapacidad del empleador –entendida no tanto como incapacidad jurídica declarada judicialmente, ni tampoco como incapacidad conforme a las normas de la Seguridad Social, sino más ampliamente como inhabilidad manifiesta de hecho que en el caso concreto le imposibilite desarrollar sus facultades directivas, constituye una causa legal de extinción de los contratos de trabajo de su personal, siempre que no se continúe con la empresa a través de representantes del empleador incapacitado.”¹⁰

Como puede advertirse de lo antes transcrito, en opinión de Larenz, no opera en caso de muerte del empleador la institución de la sustitución patronal, la que sí opera en el Derecho del Trabajo guatemalteco.

1.1.6. Extinción de la personalidad jurídica del empleador

En relación a este tema, Larenz, señala: “El contrato de trabajo se extingue legalmente por extinción de la personalidad jurídica del contratante, debiendo, en este caso, seguirse los trámites de disolución de una sociedad, o en general, de un

¹⁰ *Ibíd.* 151

ente privado o público, no produce por si misma la extinción de los contratos de trabajo de su personal sino que es necesario solicitar la autorización administrativa a través del expediente de regulación de empleo (no sólo en cuanto al procedimiento, parece, sino basándose en causas económicas, técnicas, organizativas o productivas), teniendo los trabajadores afectados derecho a las indemnizaciones allí previstas.

El procedimiento parece aplicable sea cual sea el número de trabajadores afectados. La aplicación del procedimiento supone que se puede llegar a un acuerdo con los representantes unitarios o sindicales, u obtener autorización de la autoridad laboral.

No obstante, en el caso de existir un sucesor –supuestos de transformación, fusión o de absorción de sociedades o, sin más, continuidad de la misma actividad por otro ente-, éste se subrogará contractualmente en el lugar de la sociedad o sociedades extinguidas y se mantendrán los contratos de trabajo.”¹¹

1.2. La extinción por voluntad del trabajador o por causas que afectan a su persona

En este apartado se hace referencia a la terminación del contrato de trabajo que se origina de la decisión del trabajador, en algunos casos de naturaleza unilateral, cuando se trata del acto de la renuncia y en algunos otros casos cuando la decisión se funda en causa que resulta ser imputable al patrono.

Al respecto, Karl Larenz señala: “La doctrina reconoce a la sola voluntad del trabajador efectos extintivos del contrato el desistimiento sin causa justificada, señalando otras posibles causas relacionadas con la conducta del empleador, a

¹¹ *Ibíd.* Pág. 156

resolución causal. Igualmente reconoce como extintivos ciertos supuestos relacionados con la persona del trabajador, -la muerte, la jubilación y la incapacidad.

1.2.1. El desistimiento sin causa justificada

En el desistimiento sin causa el contrato de trabajo se extinguirá por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

La dimisión o desistimiento requiere una actuación del trabajador que de manera expresa o tácita demuestre el deliberado propósito de dar por terminado el contrato de trabajo. Así, la dimisión no precisa ajustarse a una declaración de voluntad formal, que puede deducirse de actos inequívocos, por ello resulta difícil distinguir cuándo se ha producido un abandono y cuándo se trata de una simple ausencia al trabajo (sancionable, en su caso, disciplinariamente, pero que no manifiesta voluntad resolutoria), dado que en el primer caso el contrato se extinguirá sin necesidad de despido por parte del empleador.

Aunque debe exigirse la observancia de un preaviso, remitiéndose en cuanto a su fijación a lo que dispongan los convenios colectivos o la costumbre, su falta no resta eficacia a la voluntad extintiva, aunque supone un incumplimiento por parte del trabajador.

En todo caso, la dimisión puede tener lugar tanto si se trata de un contrato de duración indefinida como si se trata de un contrato temporal. Únicamente en el pacto de permanencia en la empresa, la plena libertad del trabajador para rescindir su contrato queda limitada. Y aún en ese supuesto, el desistimiento o abandono

del trabajador extingue el contrato, aunque pueda dar lugar asimismo a una indemnización de daños y perjuicios.

1.2.1.1. Requisitos formales

También es materia propia de los convenios colectivos o de la costumbre la especificación de la forma del preaviso. En todo caso, habrá de hacerse de forma tal que se presuma razonablemente que la comunicación extintiva del trabajador ha llegado a conocimiento del empleador o se han puesto todos los medios para ello.

La doctrina ha negado con carácter general la posibilidad de que el trabajador pueda revocar su decisión extintiva: una vez preavisada la dimisión el contrato quedará extinguido, salvo consentimiento –expreso o tácito- del empleador a favor de la permanencia en la empresa.

1.2.1.2. Efectos

Durante el periodo de preaviso, el contrato de trabajo no se extingue –trabajador y empleador mantienen sus obligaciones contractuales-, y si se produjeran incumplimientos por una de las partes, la otra podría resolver justificadamente el contrato que aún les une.

La resolución unilateral del contrato por voluntad del trabajador, mediando preaviso, no dará lugar a indemnización alguna para ninguna de las partes. A salvo, que se hubiese pactado expresamente una permanencia por cierto tiempo en la empresa, en cuyo caso el trabajador deberá indemnizar al empleador por los daños y perjuicios.

En el caso de abandono sin preavisar o con incumplimiento del plazo de preaviso, el contrato se extinguirá con derecho del empleador a una indemnización de daños y perjuicios que los tribunales vienen cuantificando en los días de salario correspondientes a los días de preaviso incumplido, permitiendo su descuento de la liquidación salarial por extinción del contrato. Pero puede tratarse de una indemnización mayor, si la empresa prueba daños superiores por el incumplimiento del preaviso

1.2.2. La resolución por causa justificada

El contrato de trabajo puede extinguirse por voluntad del trabajador, fundamentada en incumplimiento contractual del empleador, con las mismas consecuencias en orden a las indemnizaciones que en caso de despido improcedente.

A estos efectos, el incumplimiento empresarial debe ser grave, aunque la doctrina no hace una paridad con las causas de despido disciplinario y excluye el requisito de culpabilidad (así, se viene admitiendo como causa de extinción incumplimientos consistentes en impagos debidos a la mala situación económica empresarial o modificaciones sustanciales que perjudiquen la dignidad pese a estar tales modificaciones autorizadas). Dicho lo cual, procede analizar cada una de las causas de extinción previstas.

- a) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.** La primera se refiere a modificaciones sustanciales que vayan en menoscabo de la dignidad o perjudiquen la formación profesional del trabajador.

Al respecto, se exige, en general, que se trate de modificaciones que revistan gravedad aunque no supongan un incumplimiento culpable, es decir, actualmente, aunque estén justificadas.

Pese a que se habla en general de modificaciones sustanciales se tratará normalmente de modificaciones que afecten a las funciones del trabajador, pues las modificaciones en otras materias contempladas como jornada, horario, etc., es difícil que afecten a la dignidad y ni siquiera a la formación (al menos si entendemos el perjuicio a la formación como perjuicio a la formación que tiene ya adquirida el trabajador, no a la que pudiera adquirir).

En este sentido, en cuanto a las modificaciones que afecten a las funciones, aunque exigir el desempeño de funciones inferiores dentro del grupo profesional no constituye modificación sustancial, si lo fuera con carácter permanente afectaría a la dignidad y podría justificar en todo caso la resolución.

b) Impago o retrasos continuados en el abono del salario. La segunda causa de extinción es la falta de pago o los retrasos continuados en el abono de los salarios pactados.

El incumplimiento, según la actual doctrina y el cual es recogida en algunas legislaciones americanas, debe ser grave, partiendo de un criterio objetivo independiente de la culpabilidad de la empresa, temporal, continuado y persistente en el tiempo y cuantitativo montante de lo adeudado. Así, ante la no exigencia de culpabilidad concurre la causa resolutoria aunque el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial, e

independientemente de que se haya declarado suspensión de pagos. El incumplimiento debe ser continuado y persistente, no es causa suficiente un retraso esporádico. La causa de resolución son tanto los impagos del salario como los retrasos (aunque, respecto de estos últimos, en el momento de la demanda ya se haya producido el pago), siempre que unos u otros –por razón de la cuantía- revistan gravedad y, en el caso de impagos, se trate de una deuda incontrovertida.

- c) **Otros incumplimientos graves del empleador.** La tercera causa incluye cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empleador, salvo los supuestos de fuerza mayor.

En muchos casos se tratará de supuestos de falta de ocupación efectiva, derecho al que se concede un valor absoluto, si bien en algún caso no se ha aceptado la demanda de extinción si la falta de ocupación tenía alguna justificación objetiva.

Pero, en general, esta causa constituye un auténtico cajón de sastre, en que tiene cabida cualquier incumplimiento grave de las obligaciones laborales del empleador, salvo que dicho incumplimiento se deba a fuerza mayor, que no le sea imputable materialmente.

Y, en concreto, expresamente contempla la extinción del contrato por la no reposición del trabajador en su anterior lugar o condiciones de trabajo, cuando la decisión empresarial de movilidad geográfica o de modificación sustancial de condiciones haya sido judicialmente declarada injustificada.

d) Traslados y modificaciones no justificadas. La negativa empresarial a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo cuando, impugnados un traslado, desplazamiento o modificación sustancial, hayan sido declarados injustificados por una sentencia judicial.

No se incluyen en este supuesto los casos de traslados o modificaciones declarados nulos por no haberse respetado el procedimiento propio de los de carácter colectivo.

1.2.2.2. Procedimiento

En estos casos para solicitar la extinción, se impone que el contrato deba estar en vigor, por lo que no cabe solicitar la extinción si el trabajador ya ha sido previamente despedido ni si se ha presentado un expediente de regulación de empleo.

En todo caso, para que el contrato se extinga, el trabajador tendrá que solicitarlo judicialmente basando la petición en alguna de las causas enumeradas, no pudiendo extinguir unilateral y extrajudicialmente. Así lo regulan algunas legislaciones latinoamericanas, exigiendo que el trabajador continúe en su puesto de trabajo mientras dura el correspondiente proceso judicial, aceptando sólo excepcionalmente que el trabajador abandone su puesto de trabajo en el caso de situaciones en que peligre su dignidad, integridad física o formación o en caso de impago de salarios o cualesquiera otros supuestos excepcionales que generen situación insostenible, para la convivencia del trabajador con el patrono.

1.2.2.3. Efectos

En estos casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente.”¹²

1.2.3. Muerte, jubilación o incapacidad del trabajador

En este apartado se aborda la terminación del contrato de trabajo que en nuestro medio se denomina como terminación que deja a salvo los derechos de los beneficiarios del trabajador, sin embargo lo más interesante, es observar que en el caso que plantea Larenz, la extinción del contrato por estas causas, salvo la muerte, la dispone el patrono, y no organismos de seguridad social como sucede en nuestro país.

Al respecto, Larenz señala: “El contrato de trabajo se extinguirá por muerte o por gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador o por su jubilación. Realmente, en los supuestos de incapacidad la decisión de extinguir, a partir de la declaración de aquellas situaciones, la adoptará el empleador.

- a) **Muerte.** La muerte del trabajador extingue el contrato de trabajo. No obstante, sí es frecuente que establezcan indemnizaciones en los convenios colectivos, con el carácter de mejoras voluntarias de las prestaciones de seguridad social.

- b) **Jubilación.** La jubilación es voluntaria con carácter general, condicionada a que el trabajador cumpla los requisitos mínimos exigidos por las normas de seguridad social (normalmente la edad de 65 años y una cotización mínima de 15 años).

¹² Ibíd. Pág. 173

No obstante la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo, siempre que el trabajador afectado tenga derecho a pensión. Por ello, la jubilación forzosa no surtirá efectos hasta que se completen los períodos de carencia para la jubilación, de forma que la extinción contractual no operará si no hay posibilidad legal de jubilación.

La jubilación forzosa puede ser establecida por el gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo o por los convenios colectivos.

Por lo demás, esta causa de extinción contractual no necesitará de la declaración judicial, bastando la alegación empresarial.

- c) **Incapacidad.** En los supuestos de alta médica con declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez (según el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo sufrido, en cuya determinación se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

La incapacidad permanente extintiva del contrato habrá de ser sobrevenida con posterioridad al momento de contratar. La incapacidad conocida, y aceptada por el empleador, al momento de contratar, no juega como causa extintiva.

De otra parte, ha de tratarse de una incapacidad firme. Así, de recurrirse la resolución administrativa declaratoria de la incapacidad, habrá que esperar

para extinguir por esta causa a que recaiga resolución definitiva, encontrándose suspendido el contrato mientras tanto.

No obstante, no cabe declarar la situación de incapacidad permanente si el trabajador carece de los requisitos necesarios para obtener una pensión, pudiendo en tal caso el empleador acudir a la causa de extinción por ineptitud.

Finalmente, para el caso de revisión de la incapacidad, después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional, el trabajador tendrá un derecho de preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa donde trabajó en la primera vacante de su categoría o grupo profesional (caso de haber recuperado su plena capacidad laboral).¹³

1.3. La extinción por voluntad conjunta del trabajador y empleador

1.3.1. Extinción por mutuo acuerdo

En este apartado se hace referencia a la forma genérica de terminación del contrato de trabajo que nuestro Código de Trabajo denomina: mutuo consentimiento. Se coincide con lo sostenido en nuestro ordenamiento legal relativo a que una terminación aún voluntaria del trabajador, pero sobre la base de renunciar a derechos irrenunciables será nula de pleno derecho.

Al respecto, Karl Larenz señala: “El contrato de trabajo se extinguirá por mutuo acuerdo de las partes. Del mismo modo que el contrato nace de la voluntad conjunta de empleador y trabajador puede extinguirse sin otro límite que la ausencia de vicios en el consentimiento de las partes o causa ilícita.

¹³ *Ibíd.* Pág. 182

La extinción por mutuo acuerdo no requiere formalidades específicas, aunque suele reflejarse en el llamado recibo de finiquito, documento complejo que, en lo esencial, puede contener dos declaraciones distintas, por un lado de extinción del contrato, válida salvo vicio de voluntad; y por otro lado, de reconocimiento de pago, liberatoria y válida salvo que suponga renuncia de derechos.

La doctrina viene atribuyendo valor liberatorio al recibo de finiquito; es decir, en lo que aquí interesa, que extingue el contrato, sin que ello suponga renuncia de derechos, si del tenor del mismo y teniendo en cuenta la actuación de las partes se desprende tal voluntad extintiva.

La extinción del contrato por mutuo disenso no produce por si misma derecho de indemnización alguno a favor de cualquiera de las partes, aunque nada obsta a que se pacten, siendo normalmente frecuente que así se pacte.

1.3.2. Extinción por causas pactadas

El contrato de trabajo se extinguirá por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empleador.

Se admite como causa extintiva, la condición resolutoria que las partes pudieran válidamente consignar en el contrato, esto es, aquel suceso futuro e incierto o suceso pasado que las partes ignoren. Así, por ejemplo, la doctrina ha admitido la validez de condicionar la continuidad del contrato a decisiones de la Administración o a otras circunstancias.

En caso de que la condición resolutoria pactada fuese abusiva, el contrato será válido y nula la cláusula resolutoria. Abusiva lo es, desde luego, «una cláusula condicional potestativa, que remite a la mera voluntad del empleador, sin expresión de causa, la decisión de dar por terminada la relación». Pero seguramente es también fraudulenta la que contemple como causa resolutoria la que requiera otro mecanismo extintivo: por ejemplo, causas económicas o tecnológicas que requieran autorización administrativa.

El contrato no se extingue automáticamente por el cumplimiento de la condición resolutoria pactada sino que es precisa la denuncia por alguna de las partes. Si bien no habrá preaviso, porque no puede lógicamente haberlo. En el caso de falta de denuncia, habrá prórroga tácita del contrato por tiempo indefinido salvo prueba en contrario de la naturaleza temporal de la prestación.

Por lo demás, no habrá derecho de indemnización alguna para las partes, salvo que se hubiera establecido expresamente.

1.3.3. Extinción de contratos temporales

El contrato se extingue por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato», exigiéndose denuncia en todo caso.”¹⁴

¹⁴ *Ibíd.* 189

CAPÍTULO II

2. Las relaciones laborales de la administración pública

2.1. Antecedentes

El empleo o relación de trabajo en el servicio público tiene sus antecedentes en la época prehispánica, en donde no se encuentran normas para el trato entre el gobierno y sus servidores, ni entre los pueblos más desarrollados como fueron los Toltecas, Zapotecas o los Mayas.

De acuerdo con la historia, los empleados de menor categoría estaban indefensos ante el poder que ejercían los de mayor alcurnia, que a su vez se encontraban sujetos al poder supremo, depositado en un monarca ligado a concepciones religiosas de ese ejercicio.

Después, y ya en la época colonial tampoco se localizan disposiciones relativas a este tipo de relación, ni aún en las Leyes de Indias que se constituirían en el cuerpo normativo más avanzado de esa época.

En la época de la Leyes de Indias se podía observar que la Corona, con el fin de allegarse fondos de los que con mucha frecuencia estaba necesitada, subastaba en forma pública los empleos públicos, en forma tal que en ocasiones era por tiempo determinado y en otras era vitalicio. Se advierte entonces que no existía una normativa que en ese tiempo normara las relaciones entre el Estado y sus trabajadores.

Posteriormente la historia relata que al lograr su independencia de España, en el año de 1821, países como México que se encontraban en condición dividida por los

intereses personales y partidistas no tuvieron tiempo para estudiar jurídicamente el tipo de relación existente entre el gobierno y sus empleados, y por ello tanto en México como en América Latina esta situación de no regularización del trabajo del servicio público se mantuvo hasta el año de 1910, que es cuando se produce la Revolución liderada por Emiliano Zapata en México, la que desencadena una corriente reguladora en todos los Estados en esa fecha independientes, del trabajo en el sector público.

En relación al tema, Alberto Trueba Urbina, señala: “La revolución de 1910 logró introducir disposiciones constitucionales en protección de los trabajadores, pero más sin embargo, no quedó totalmente entendido que se refiriera también a los empleados públicos, siendo importante señalar que hasta los mismos revolucionarios mejicanos dejaron de considerar necesario la regulación que debía de tener, específicamente las relaciones laborales entre el Estado y sus servidores”.¹⁵

En general y de los antecedentes históricos que se han relacionado, puede afirmarse que en Latinoamérica a las relaciones del trabajo entre el Estado y sus trabajadores no se les quiso regular con este carácter y de ahí que muchos estudios del Derecho administrativo, afirmen que aún hoy que en las relaciones del servicio público no existe un contrato de trabajo sino más bien un simple acto administrativo de nombramiento.

De la anterior idea surgen los partidarios de que las relaciones del Estado y sus trabajadores sean de orden administrativo. Estos exponentes señalan que el nombramiento de un servidor público viene a ser un acto de administración, ya que no se trata de un acto de autoridad, puesto que para que se perfeccione la

¹⁵ La relación especial de los servidores públicos. Pág. 214

designación se requiere la aceptación y conformidad del nombrado, independientemente de la validez que pudiera tener ese acto jurídico. A tal cuenta que el resultado final del acto, la relación de empleo, solo se produce cuando concurren las manifestaciones de voluntad de la administración y del particular designado.

Por tal razón puede advertirse que se estará en presencia de una relación regulada por el Derecho Administrativo, cuando existe el poder de nombramiento que es un acto de autoridad y por consiguiente sin ese poder no podría existir contrato alguno, mientras que cuando el designado únicamente cumple funciones de gestión, sí existe un contrato de prestación de servicios o de una relación de trabajo.

Al respecto, Trueba Urbina señala: “tanto los actos de autoridad como los actos de gestión se confunden y se mezclan, y que por ello es erróneo intentar distinguir sobre esa base”.¹⁶

Por su lado y en relación al mismo tema Héctor Garcini Guerra señala: “que se trata de relaciones diferentes a las de autoridad y a las puramente administrativas, que crea un estatuto especial para los servidores públicos, incluyéndolos a todos en la denominación de *funcionarios* “. ¹⁷

No obstante lo anterior y que se respeta la opinión de los distinguidos tratadistas antes abordados, como autor de esta monografía, considero que debe sostenerse el criterio de que la relación que liga a un servidor público con el Estado es una típica relación de trabajo, pues en esta concurren todos los elementos que distinguen al contrato de trabajo de cualquier otro tipo de relación. Negarle su naturaleza

¹⁶ Ibíd. Pág. 221

¹⁷ El Derecho Administrativo y la relación laboral. Pág. 114

laboral a esta relación implica también convertir al servidor público en un prestador de servicios sin protección laboral alguna.

2.2. Base de la relación de trabajo del servidor público

A pesar de que como ya se dijo, es el contrato de trabajo que sustenta la existencia de la relación entre el servidor público y el Estado, hay quienes discuten esta situación.

En relación a este tema, Mario de la Cueva señala: “el contrato individual de trabajo continua siendo la institución fundamental del Derecho Laboral, por la razón evidente de que es la que determina la aplicación de ese mismo derecho; las categorías de patrón y de trabajador solamente pueden entenderse en función de él. Por otra parte el Derecho del Trabajo tiende a proteger inmediatamente a la persona física y a su familia, cuando aquel es sujeto del contrato de trabajo, de tal manera que la organización colectiva, el sindicato, contrato colectivo, huelga, etc, no son, sino medios para el logro de aquella finalidad, por ello el contrato de trabajo ha sido definido en diversas formas, pero adopta la denominación común de la prestación personal del servicio, la subordinación de una parte a la otra, y el pago del salario como compensación a la actividad realizada”.¹⁸

Como puede advertirse de lo dicho por De la Cueva, en aquellos casos en los que la actividad cumplida por el hombre entrañe la prestación de servicios, habrá siempre como base de ese vínculo una relación de trabajo, pues es la naturaleza a la que ésta corresponde y es la que permite proteger verdaderamente a la persona del trabajador. Derivado de lo anterior, habrá siempre en el Estado relaciones de trabajo que aunque sean creadas mediante la emisión de un acto administrativo

¹⁸ Nuevo Derecho mexicano del trabajo Pág. 336

propio de la actividad nominadora, entrañaran un tácito contrato de trabajo que normará relaciones de ese orden.

2.3. La relación de trabajo de los servidores públicos

Aunque ya se dijo con anterioridad que la base de la relación entre el Estado y el servidor público es un contrato de trabajo, muchos aún discuten esta situación, derivado de que según su apreciación siendo un acto administrativo el acto que origina aquella relación, su naturaleza también es administrativa.

Al respecto, Miguel Cantón Moller señala: “existen diferencias esenciales entre trabajo en el Estado y el trabajo en el servicio privado; en efecto, el mismo origen del trabajo es diferente, pues mientras que en el caso de los patronos privados el objetivo del trabajo es la producción de bienes para obtener un beneficio, en el servicio público, el objetivo de la labor, resulta únicamente ser para colaborar en el cumplimiento de los fines del Estado, que en ningún forma pueden considerarse de lucro, la otra diferencia esencial, estriba en que no puede existir la simple relación de trabajo; es decir, que no puede pensarse en el hecho de que una persona comience a prestar servicios al gobierno sin que previamente hubiere sido designado para ello, es decir que se excluye la posibilidad de que la simple prestación del servicio pueda perfeccionar el contrato de trabajo, por ello verdaderamente debe considerarse que esta relación parte de un acto de la administración, consistente en el nombramiento de la persona para el cargo o puesto de que se trata”.¹⁹

Por otro lado, el autor Garcini Guerra señala: “En realidad la relación de empleo en el servicio público deriva de un acto administrativo por medio del cual la

¹⁹ La relación de trabajo de los servidores públicos. Pág. 152

administración pública hace la designación de un particular como su agente, por ello no es posible equiparar el trabajo del servidor público con el del trabajador del servicio privado”.²⁰

Aunque no se discute lo relacionado a que el acto que origina aquella relación es efectivamente un acto administrativo, una vez se emite el acto, el mismo perfecciona la existencia de un contrato de trabajo, con todos los derechos y garantías que con carácter mínimo éste acarrea. Igualmente nos encontramos en el caso de un servidor público que inicie la prestación de los servicios sin que se haya emitido el acto administrativo que origina el contrato de trabajo, en este caso debe entenderse que el hecho mismo de la prestación de los servicios perfecciona el contrato de trabajo, no siendo correcto que se diga que esta forma de perfeccionamiento del contrato de trabajo no tiene aplicación en el servicio público.

2.4. Naturaleza jurídica del nombramiento

De todo lo anteriormente relacionado, puede afirmarse que el nombramiento del servidor público es un acto de la administración que no implica un acto de autoridad, porque no obliga a persona alguna a aceptar el cargo; tampoco es un simple acto administrativo, ya que debe contar con la intervención de alguien que no es la administración, tal y como es la aceptación expresa del trabajador nombrado. Además, si bien en el contrato que el Estado presenta al aspirante a servidor público, ya se contienen las condiciones de trabajo, las mismas no pueden ser inferiores a las previstas con carácter mínimo en la Constitución Política de la República, por ello resulta indiscutible que se trata de un contrato individual de trabajo que reúne todas las características contempladas en el Derecho del Trabajo guatemalteco.

²⁰

Garcini. Ob. Cit. Pág. 125

2.5. Efectos del nombramiento

Para que el Estado haga el nombramiento de un servidor público para el desempeño de alguno de los puestos de trabajo en el sector público, se requiere de la aceptación expresa del nombrado, la que se hace constar en el propio documento y en el acta de toma de posesión. Es de ese acto que se desprende el derecho del trabajador para empezar a percibir su sueldo, pues es de allí que nace su obligación de asumir el puesto y empezar la prestación de los servicios, de tal cuenta que se estima que la relación de trabajo en el servicio público empieza a partir de que se ha tomado posesión del cargo para el que se le nombró, a excepción de que la prestación de los servicios diera inicio antes de que se emitiera el nombramiento relacionado.

2.6. Principios que rigen el ingreso al servicio público

De conformidad con la Ley de Servicio Civil los principios que rigen el ingreso al servicio público son los siguientes:

- **Derecho a optar a los cargos públicos.** Este principio se explica mediante el derecho que todo guatemalteco tiene a optar a un cargo público, se encuentra determinado en la Constitución Política de la República y consiste en que a nadie puede impedírsele el ejercicio de este derecho si reúne los requisitos y calidades que las leyes exigen, concretándose el ejercicio de este derecho con la obligación impuesta a la autoridad pública de otorgar los cargos atendiendo únicamente a méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez.
- **Prohibición de no hacer discriminación.** Este principio se explica en que para el otorgamiento de los cargos públicos la ley establece que no debe

hacerse ninguna discriminación por motivo de raza, sexo, estado civil, religión, nacimiento, posición económica o social y opiniones políticas.

- **El principio de eficiencia.** Este principio se explica, en que el sistema de servicio civil debe fomentar la eficiencia de la administración pública y dar garantías a sus servidores para el ejercicio y defensa de sus derechos.
- **La adjudicación de los puestos en base a capacidad.** Este principio se explica en que los puestos de la administración pública deben adjudicarse con base en la capacidad, preparación y honradez de los aspirantes, por lo tanto, es necesario establecer un procedimiento de oposición para el otorgamiento de los mismos. De este principio nace la carrera administrativa de los servidores públicos. Este principio debiera originar la carrera del servidor público.
- **Igualdad del salario.** Este principio se preceptúa en la Constitución Política de la República, y se sustenta señalando en que a igual trabajo prestado, en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad, corresponderá igual salario, en consecuencia, los cargos de la administración pública deben ordenarse en un plan de clasificación y evaluación que tome en cuenta los deberes, responsabilidad y requisitos de cada puesto, asignándoles una escala de salarios equitativa y uniforme.
- **Estabilidad.** Por este principio los trabajadores de la administración pública deben de estar garantizado contra despidos, que no tengan como fundamento una causa legal. Es de este principio de donde se origina el derecho de reinstalación del servidor público, el que se encuentra reconocido en la doctrina de la Corte de Constitucionalidad.

2.7. El servidor público

Ernesto Krotoschin, presenta la siguiente definición: “Se entiende por funcionario y empleado público la persona que desempeña una función pública o actividad para el ejercicio real y efectivo del poder público en cualquiera de sus ordenes y aspectos”.²¹

En la Ley de Servicio Civil se encuentra la siguiente definición: “es servidor público, la persona individual que ocupe un puesto en la administración pública, en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vinculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de su salario, bajo la dependencia continuada y dirección continuada de la propia administración pública.”

Como puede advertirse, se contemplan en la ley las obligaciones principales para las partes de prestar el servicio y pagar el salario, así como lo relacionado a la subordinación y la estabilidad, presupuestos determinantes de la relación de trabajo.

2.8. Clases del nombramiento en el servicio público

La clasificación de los nombramientos que pueden hacerse en el servicio público está contenida en la Ley de Servicio Civil y son los siguientes:

2.8.2. Nombramiento por servicio exento

Este servicio es el que no se encuentra sujeto a las disposiciones de la Ley de Servicio Civil, que rige las relaciones de trabajo del Estado con sus trabajadores, de

²¹ La relación de trabajo de los funcionarios y empleados públicos. Pág. 176.

acuerdo con el Artículo 108 de la Constitución Política de la República, en virtud de que a las personas que ingresen al servicio público por esta vía no les es aplicable ningún requisito de los establecidos para ingresar a aquel servicio. Dentro de los puestos que ingresan al servicio público por el servicio exento, se encuentran los siguientes:

- a) Funcionarios nombrados por el Presidente de la República, Ministros y Vice Ministros de Estado, Secretarios, Sub Secretarios y Consejeros de la Presidencia de la República, Directores Generales y Gobernadores Departamentales;
- b) Funcionarios y empleados en la carrera diplomática de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala;
- c) Tesorero Nacional de la Nación;
- d) Escribano del gobierno;
- e) Gerente de Lotería Nacional;
- f) Registradores de la Propiedad y personal correspondiente,
- g) Inspector General de Trabajo,
- h) Miembros de los cuerpos de seguridad;
- i) Personas que sean contratadas para prestar servicios interinos, ocasionales, o por tiempo limitado, por contrato de naturaleza especial;
- j) Empleados de las Secretarías de la Presidencia de la República;
- k) Personas que presten sus servicios ad honorem

Dentro de este servicio exento no pueden ser nombrados más de diez funcionarios o servidores públicos en cada Ministerio de Estado, y las funciones que desempeñarán deben ser clasificadas de confianza por los titulares correspondientes.

2.8.2. Servicio por oposición

Los nombramientos que se dan por servicio por oposición incluyen a todos los puestos no comprendidos en el servicio exento, que se determinen en el sistema de clasificación de puestos de la administración pública. A este servicio corresponden todos los demás puestos de la administración pública e implica la obligación para el aspirante a servidor público, a someterse a un proceso de oposición dentro del que se calificaran sus credenciales para determinar si cumple o no con los requisitos de los manuales de clasificación de puestos para cada puesto en concreto.

2.9 La clasificación de puestos en el servicio público

Los puestos en el servicio público se clasifican mediante un plan de clasificación de puestos, elaborado por la Oficina Nacional de Servicio Civil, que es la entidad rectora del servicio público en Guatemala. Esta dependencia debe elaborar un plan de clasificación, que determine los deberes y responsabilidades de todos los puestos comprendidos dentro del servicio por oposición, para este objeto deben de concurrir los siguientes requisitos:

- Debe elaborarse una lista de clases de puestos y de las series o grados ocupacionales que se determinen.
- Debe elaborarse un manual de especificaciones de clases, definiendo los deberes, responsabilidades y requisitos mínimos de calificación de cada clase de puestos.
- El objeto y contenido de clasificación debe fundarse en comprender a todos los puestos que requieren el desempeño de deberes semejantes en cuanto a autoridad, responsabilidad e índole del trabajo a ejecutar, de tal manera que sean necesarios análogos requisitos de instrucción,

experiencia, capacidad, conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes para desempeñarlos con eficiencia. Igualmente que las mismas pruebas de aptitud puedan utilizarse al seleccionar a los candidatos y que la misma escala de salarios pueda aplicarse en circunstancias de trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad.

- Cada clase de puesto debe ser designada con un título que describa los deberes requeridos, y el mismo debe ser usado en los expedientes y documentos relacionados con nombramientos, administración de personal, presupuesto y cuentas.
- Las clases de puestos deberán organizarse en grupos o grados, determinados por las diferencias e importancia, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo de que se trate.

2.10. Requisitos para el ingreso al servicio público

Son requisitos generales de ingreso de un trabajador al servicio público:

- Poseer la aptitud moral, intelectual y físicas propias para el desempeño de un puesto;
- Satisfacer los requisitos mínimos especiales que establezca el manual de especificaciones de clase, para el puesto de que se trate;
- Demostrar idoneidad, sometiéndose a las pruebas, exámenes o concursos que establezca la Ley de Servicio Civil y su reglamento;
- Ser escogido y nombrado por la autoridad nominadora de la nómina de candidatos, certificada por la Oficina Nacional de Servicio Civil. Finalizar satisfactoriamente el período de prueba;

2.11. Etapas del proceso de ingreso al servicio público

Es importante para este trabajo de tesis, analizar el proceso que se da para que un trabajador ingrese al servicio público.

- **Autoridad encargada de admitir el ingreso.** La autoridad encargada de admitir el ingreso al servicio público, es la Oficina Nacional de Servicio Civil, cuyo jefe es el Presidente de la República;
- **Los exámenes que verifican la capacidad.** El sistema de exámenes se divide en exámenes con comparecencia y exámenes sin comparecencia. En los primeros, se realiza un examen al aspirante físicamente; y en los segundos, el examen se realiza sobre el expediente del aspirante, pues éste no comparece a la prueba. En ambos casos los exámenes deben de ser de libre oposición, esto quiere decir que cualquiera que cumpla con los requisitos puede optar a ellos y el objeto de los mismos es determinar la capacidad, aptitud y habilidad de los candidatos para el desempeño de los deberes del puesto de que se trate
- **Admisión y convocatoria.** La admisión a exámenes es libre para todas las personas que llenen los requisitos exigidos para el puesto de que se trate; y la convocatoria debe hacerse con quince días de anticipación por lo menos a la fecha señala por la Oficina Nacional de Servicio Civil para el examen, debiendo publicarse en el Diario Oficial y en otro de mayor circulación en el país, que contengan la convocatoria los deberes y atribuciones del puesto, los requisitos deseables o exigibles, la formalidad que debe reunir la solicitud, y la fecha, lugar y hora de la celebración del examen.
- **Candidatos elegibles.** El listado de candidatos elegibles deberá conformarse con los nombres de aquellos candidatos que hayan obtenido una calificación mínima de setenta y cinco puntos, en los exámenes, en una escala comprendida de uno a cien puntos.

- **Notificaciones.** La calificación de los exámenes se hará dentro del plazo máximo de sesenta días siguientes a su finalización, debiendo notificarse a cada uno de los candidatos examinados de las notas obtenidas, y en su caso del lugar que le corresponde en el registro respectivo.
- **Registros.** Es obligación de la Oficina Nacional de Servicio Civil, organizar y conservar los registros de ingreso, así como los de ascenso y cualesquiera otros que sean necesarios para la administración del servicio civil, de conformidad con su reglamento. Es de este registro que debe seleccionarse a las personas que deban desempeñar los puestos en el Estado.

2.12. El nombramiento

Para efectos de emitir el nombramiento en el servicio público se establece que la autoridad nominadora debe requerir a la Oficina Nacional de Servicio Civil, una nómina de todos los candidatos elegibles, en la forma que prescriba el reglamento respectivo. De la nómina que remita la Oficina Nacional de Servicio Civil, la autoridad nominadora debe elegir al nuevo servidor, selección que debe tener lugar dentro de los ocho días siguientes de recibida la nómina respectiva. Si la Oficina Nacional de Servicio Civil, no remitiere o no tuviere una nómina de elegibles para el puesto de que se trate, por inexistencia o insuficiencia de candidatos, la autoridad nominadora puede cubrir la vacante en forma provisional con autorización de la Oficina Nacional de Servicio Civil, siempre que los designados cumplan con los requisitos previstos en la ley. Cualquier nombramiento que se haga en contra del procedimiento antes relacionado, es nulo de pleno derecho y no provoca efecto legal alguno.

2.13. El período de prueba del servidor público

El período de prueba en el servicio público tiene por finalidad, dejar a las partes de

la relación laboral la libertad de terminar el contrato de trabajo sin responsabilidad para ninguna de las dos partes. Esto implica que el Estado como empleador podrá terminar el contrato de trabajo que lo une con el servidor público sin que exista justa causa para la terminación y sin que eso a su vez le obligue a pagar al trabajador la indemnización que de no encontrarse en período de prueba conllevaría por ley pagar.

La Ley de Servicio Civil establece un período de prueba cuya duración es de seis meses, que se inicia a partir de la fecha de la toma de posesión del cargo para los casos de nuevos servidores públicos y de tres meses para los servidores que se encuentren promoviendo de un puesto a otro. Una vez superado el período de prueba, el servidor público debe considerarse como empleado regular del Estado. Para los efectos del período de prueba, cuenta la duración de los interinatos para aquellos trabajadores que se hayan encontrado nombrados provisionalmente. La evaluación del período de prueba deberá hacerse en la forma y en la fecha que establece el Reglamento de la Oficina Nacional de Servicio Civil, debiéndose tomar en cuenta fundamentalmente, la conducta y el rendimiento de los aspirantes.

De lo anterior cabe resaltar que lo que resulta menos favorable para los servidores públicos es el plazo de período de prueba, cuya duración es tres veces mayor a la del período de prueba que deben cumplir los trabajadores del servicio privado y también lo relacionado a que el período de prueba se repite cada vez que el servidor público es promovido de puesto, lo cual resulta contrario a la naturaleza del instituto, cual es evaluar una vez y no en cada ocasión que se promueva al servidor.

2.14 Derechos, obligaciones y prohibiciones de los servidores públicos.

Los derechos, obligaciones y prohibiciones de los servidores públicos, se

encuentran establecidos en la Ley de Servicio Civil

2.14.1. Derechos

De conformidad con el Artículo 61 de la Ley de Servicio Civil, son derecho de los servidores públicos, los siguientes

No ser removido de sus puestos, a menos de que incurran en las causales de despido previstas en la ley que hayan sido debidamente comprobadas;

Gozar de un período de vacaciones de veinte días hábiles después de cada año de servicios continuo de labores, para aquellos servidores públicos cuya actividad no se encuentre comprendida entre los riesgos que causen enfermedades profesionales;

- a. Gozar de un período de vacaciones de treinta días hábiles después de cada año de servicios continuo de labores, para aquellos trabajadores expuestos a riesgos que causan enfermedades profesionales;
- b. Gozar de licencias con o sin goce de sueldo, por enfermedad, gravidez, estudios, adiestramientos y otras causas, de conformidad con el reglamento respectivo;
- c. A enterarse de las calificaciones periódicas de sus servicios;
- d. A recibir en la primera quincena del mes de diciembre de cada año, un aguinaldo en efectivo equivalente al cien por ciento de su salario;
- e. A recibir el pago de una indemnización por supresión del puesto o por despido injustificado directo o indirecto, equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos, hasta un máximo de diez meses de acuerdo con el Artículo 110 de la Constitución Política de la República;
- f. A gozar del régimen de jubilaciones, pensiones y montepíos de

- conformidad con la ley respectiva;
- g. A recibir un subsidio cuando las condiciones fiscales lo permitan;
 - h. A un salario justo que le permitan una subsistencia decorosa.
 - i. A la mujer trabajadora, al descanso pre y post natal;
 - j. A ejercer el derecho de libre sindicalización y huelga;

2.14.2. Obligaciones

El Artículo 64 de la Ley de Servicio Civil, establece que son deberes de los servidores públicos además de los que determinan las leyes y los reglamentos, los siguientes:

- a) Jurar, acatar y defender la Constitución Política de la República;
- b) Cumplir y velar porque se cumpla la Ley de Servicio Civil y sus reglamentos;
- c) Acatar las órdenes e instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos, de conformidad con la ley, cumpliendo y desempeñando con eficiencia las obligaciones inherentes a sus cargos;
- d) Guardar discreción, aún después de haber terminado la relación laboral, en aquellos asuntos que por su naturaleza o en virtud de leyes, reglamentos o instrucciones especiales, se requiera reserva;
- e) Observar dignidad y respeto en el desempeño del puesto;
- f) Evitar dentro y fuera del centro de trabajo la comisión de actos reñidos con la ley, la moral y las buenas costumbres;
- g) Asistir con puntualidad a sus labores;
- h) Actuar con lealtad en el desempeño de sus funciones;
- i) Aportar su iniciativa e interés en el beneficio de la dependencia en la que sirvan y de la administración pública;
- j) Atender los requerimientos y prestar los documentos e informaciones

que la Junta Nacional de Servicio Civil les solicite, para aquellos efectos de ley.

2.14.3. Prohibiciones

La Ley de Servicio Civil, establece que además de las previstas en ésta y otras que sean aplicables son prohibiciones para los servidores públicos, las siguientes:

- **Prohibiciones generales:** (Art. 65)
 - Hacer discriminaciones por motivo de orden político, social, religioso, racial o de sexo, que perjudiquen o favorezcan a los servidores públicos o aspirantes a ingresar en el servicio civil;
 - Ningún funcionario o empleado público debe usar su autoridad oficial para obligar o permitir que se obligue a sus subalternos a dedicarse a actividades políticas dentro o fuera de su función como servidores públicos, ni a hacer cualquier otra actividad a favor o en contra de partido político alguno.

- **Prohibiciones especiales** (Art. 66)
 - Solicitar o recibir dádivas, regalos o recompensas de subalternos o de los particulares o solicitar, dar o recibir dádivas de sus superiores o de los particulares, con el objeto de ejecutar, abstenerse de ejecutar, o ejecutar con mayor esmero o retardo cualquier acto inherente o relacionado con sus funciones;
 - Ejecutar cualesquiera de los actos descritos supra, con el fin de obtener nombramiento, aumento de salario, promoción u otra ventaja análoga;

- Solicitar o recoger directa o indirectamente, contribuciones, suscripciones o cotizaciones de otros servidores públicos, salvo las excepciones muy calificadas que establezcan los reglamentos;
- Ejercer actividad o hacer propaganda de índole política durante y en el lugar de trabajo;
- Tomar en cuenta la filiación política de los ciudadanos para atender sus gestiones, favoreciéndolos o discriminándolos;
- Coartar directa o indirectamente la libertad de sufragio;
- Ninguna persona podrá desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de quienes presten servicios en centros docentes o instituciones asistenciales y siempre que sus horarios sean compatibles.

2.15 Contenido del contrato de trabajo del servidor público

El contenido del contrato de trabajo del servidor público o trabajador del Estado se encuentra en el nombramiento emitido por la autoridad nominadora del Estado y el mismo se describe a continuación.

2.15.1. La jornada de trabajo

De conformidad con el Artículo 67 de la Ley de Servicio Civil, la jornada de trabajo determinada para los servidores públicos es de carácter ordinario y no podrá ser menor de cuarenta horas ni exceder en ningún caso de cuarenta y cuatro horas a la semana. En relación a la jornada nocturna y mixta, estas serán establecidas y reglamentadas por la Junta Nacional de Servicio Civil.

2.15.2. Los descansos

En relación a los descansos el Artículo 68 de la Ley de Servicio Civil establece que todo servidor público tiene derecho a un día de descanso semanal, el que debe producirse después de una jornada de trabajo semanal, de cada seis días.

Asimismo el Artículo 69 del mismo cuerpo normativo establece los días de asueto los cuales serán gozados con la remuneración respectiva.

2.15.3. El régimen salarial

El régimen de salario de los servidores públicos, se encuentra normado en los Artículos del 70 al 73 de la Ley de Servicio Civil y en los mismos se establece que el salario será determinado por la Ley de Salarios y en general por la política salarial implementado por el Estado. El régimen de salarios del Estado debe ser revisado por el Director de la Oficina Nacional de Servicio Civil, por lo menos cada cuatro años, para establecer o no si procede la modificación del mismo. Como puede establecerse, no se regula en la Ley de Servicio Civil, nada sobre el salario extraordinario de los servidores públicos, por lo que para ese extremo en particular, hay que acudir a la Ley Orgánica del Presupuesto.

2.15.4. El régimen disciplinario

Este régimen se encuentra normado en los Artículos 74 y 75 de la Ley de Servicio Civil. Este régimen se entiende como el derecho que tiene el Estado para disciplinar las faltas de sus trabajadores, la Ley de Servicio Civil establece cuatro clases de sanciones que deben ir gradualmente aplicadas y un procedimiento que garantiza el derecho de defensa para el servidor al que se busca amonestar, que consiste en la formulación de cargos, de la cual se le debe correr audiencia por un

plazo de cuarenta y ocho horas, a fin de que proponga pruebas de descargo, posteriormente a eso, la autoridad nominadora comunicará el despido si así lo acuerda, el que podrá ser impugnado por el servidor, dentro de los tres días siguientes, ante la Oficina Nacional de Servicio Civil, quien deberá elevar el trámite del recurso a la Junta Nacional de Servicio Civil, que dispone de treinta días a partir de la recepción de las actuaciones para resolverlo. Resuelto desfavorablemente el recurso, se agota la vía administrativa y el servidor tiene el derecho de acudir ante cualquiera de las Salas de Trabajo y Previsión Social a promover su reclamo por despido injustificado, mismo que deberá ser instaurado por medio de la vía ordinaria.

La escala de sanciones que puede imponer el Estado como empleador, es la siguiente:

- **Amonestación verbal.** Esta sanción se aplicará únicamente por faltas leves determinadas en la Ley de Servicio Civil;
- **Amonestación escrita.** Esta sanción se impondrá cuando el servidor haya merecido durante un mismo mes calendario dos o más amonestaciones verbales, o en los otros casos que se establezcan en el Reglamento de la Ley de Servicio Civil;
- **Suspensión en el trabajo sin goce de sueldo, hasta por un máximo de treinta días.** Esta sanción se impondrá, cuando la falta cometida sea de cierta gravedad, y en este caso deberá oírse previamente al interesado. Esta clase de sanción también procederá en los casos de detención y prisión provisional, por todo el tiempo que una u otra se mantenga.
- **Despido justificado.** Esta es la sanción más severa prevista en la Ley de Servicio Civil, y solo podrá imponerse previa audiencia al interesado, para ejercer su derecho de defensa, y si éste hubiere

incurrido en cualquiera de las causales que facultan a la autoridad nominadora para remover a los servidores públicos del servicio por oposición sin responsabilidad de su parte, contenidas en los numerales del 1 al 12 del Artículo 76 de la Ley de Servicio Civil.

CAPÍTULO III

3. El derecho de reinstalación genérico del servidor público, despedido injustificadamente

3.1. Antecedentes

El origen de la institución de la reinstalación proviene de la contravención a la garantía de estabilidad contenida en todos los contratos individuales de trabajo en favor de los trabajadores. En el caso nuestro, la garantía de estabilidad se encuentra respaldada únicamente por la obligación que se impone por ley al empleador de pagar la indemnización por tiempo de servicio en el caso de actos, que como el despido injustificado vulneran la garantía de estabilidad que hace indefinida la celebración de todos los contratos de trabajo.

Puede advertirse que el derecho de reinstalación que se genera con la vulneración de la garantía de estabilidad no constituye en el derecho laboral guatemalteco, una regla genérica aplicable a todos los casos en que el contrato individual de trabajo termine por despido injustificado.

Con anterioridad, el Código de Trabajo que contenido en el Decreto 330 se regulaba en su Artículo 78 la reinstalación como un derecho genérico en todos los casos en que el empleador hubiera despedido injustificadamente y no hubiera podido probar posteriormente en juicio la justa causa en la que se había fundado el despido. Esta norma rezaba: “La terminación del contrato conforme a una de las causas enumeradas en el artículo anterior, surte efectos desde que el patrono la comunique al trabajador, pero este goza del derecho de emplazarlo ante los tribunales de trabajo y previsión social, antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de que le pruebe la justa causa en la que se fundó el

despido. Si el patrono no prueba dicha causa debe pagar al trabajador las indemnizaciones que según este Código le puedan corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que éste había percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que con sujeción a las normas procesales del presente código debe de quedar firme la sentencia condenatoria respectiva. El trabajador puede demandar a su patrono el cumplimiento del contrato para que se le reponga en su trabajo, por lo menos en igualdad de condiciones; y el patrono está en la obligación de cumplir el fallo del juez que le imponga la reposición del trabajador.....”

Por consiguiente se constituía en una figura genérica que se podía aplicar en todos los casos de terminación injustificada del contrato de trabajo, porque se daba al trabajador la posibilidad de optar al demandar la injusticia de su despido, entre reclamar el pago de su indemnización por tiempo de servicio o bien su reinstalación al mismo puesto del que había sido despedido injustificadamente.

En conclusión puede afirmarse que el origen de la reinstalación en el nuestro Derecho del Trabajo, parte de la vulneración de la garantía de estabilidad , pero no como regla general, sino solo en aquellos casos que con carácter de excepción a lo regulado en la ley como exclusivos para la aplicación del derecho de reinstalación.

3.2. Definición

La reinstalación se define como el derecho que le confiere la ley al trabajador en ciertos y determinados casos para ser restituido en el mismo puesto y condiciones de trabajo en el que se venía desempeñando, por virtud de haberse vulnerado la garantía de estabilidad que lo protege.

Dentro del proceso la reinstalación se definirá como la obligación de hacer que los

tribunales de trabajo y previsión imponen al empleador que ha despedido a un trabajador injustificadamente en contravención a la garantía de estabilidad, en aquellos casos en que la ley contempla éste derecho en favor del trabajador.

3.3. La reinstalación en el Código de Trabajo

El derecho de reinstalación se encuentra normado en los Artículos 151 c), 209 y 380 del Código de Trabajo, en lo que se refiere a las relaciones de trabajo del sector privado; y en los Artículos 81 y 83 de la Ley de Servicio Civil, en lo que refiere a los trabajadores del Estado. La diferencia que ampara el derecho de reinstalación en las relaciones de trabajo privadas con relación a la que ampara la misma en las relaciones de trabajo del Estado, radica en que, mientras que en las primeras la reinstalación constituye un derecho exclusivo, en las segundas se constituye un derecho genérico aplicable a todos los casos de terminación injustificada del contrato de trabajo.

3.4. Casos de procedencia

3.4.1. La reinstalación en el servicio público

La reinstalación que procede en el caso de despidos injustificados de los servidores públicos se establece en los Artículos 80 y 83 de la Ley de Servicio Civil y los cuales se analizan a continuación:

Artículo 81.- Procedimiento... En el caso de que las investigaciones hechas por la Oficina Nacional de Servicio Civil o la decisión de la Junta Nacional de Servicio Civil sean favorables para el servidor público en suspenso, se entenderá restituido, debiéndose pagar el salario correspondiente al período de la suspensión. El reglamento de esta ley preceptuará las demás formalidades a seguirse para los

efectos de lo anteriormente establecido.

Artículo 83.- La reinstalación.- La reinstalación de un servidor público genera una nueva relación de trabajo, pero deja a salvo los derechos adquiridos con anterioridad que no hubieren sido cubiertos conforme a esta ley; se exceptúan los que hubieren sido retirados por las causales del Artículo 76.

De lo antes transcrito se puede advertir que la reinstalación en el servicio público se establece con un derecho genérico aplicable a todos los casos en que se haya producido un despido injustificado de trabajadores del Estado. Este es por lo menos en el servicio público el verdadero espíritu de la reinstalación en las relaciones de trabajo del Estado en congruencia con lo que busca esta institución en las normas 81 y 83 de la Ley de Servicio Civil, cual es garantizar la estabilidad del servidor público mediante impedir que éste pueda ser objeto de un despido injustificado.

3.4.2. La reinstalación en el servicio privado

En las relaciones de trabajo del sector privado se establecen los siguientes casos de reinstalación:

a) Reinstalación de la a mujer en estado de gravidez, despedida injustificadamente

Este caso se encuentra regulado en el Artículo 151 c) del Código de Trabajo, y establece: "Se prohíbe a los patronos: ... c) despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o período de lactancia, quienes gozan de inamovilidad. Salvo que por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, de conformidad con lo expuesto en el Artículo 77

de este código. En este caso, el patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo, para lo cual debe comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el mismo, hasta no tener la autorización expresa y por escrita del tribunal. En caso el patrono no cumpliera con la disposición anterior, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales de trabajo a ejercitar su derecho de reinstalación en el trabajo que venía desempeñando y tendrá derecho a que se le pague los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar...”

Como se advierte, de la norma transcrita, ésta se refiere exclusivamente a la protección de inamovilidad que la ley confiere a las trabajadoras que encontrándose grávidas puedan ser despedidas por el empleador. De tal cuenta, lo que la ley protege es la condición y estado de la mujer trabajadora y específicamente el producto de la concepción.

b) Reinstalación de los trabajadores que se encuentren formando un sindicato y que sean despedidos sin autorización judicial

Este derecho de reinstalación se encuentra establecido en el Artículo 209 del Código de Trabajo y se refiere a la inamovilidad que la ley confiere a los trabajadores que se encuentren en la formación de un sindicato durante el tiempo que demore el reconocimiento de éste y hasta sesenta días después de la publicación de sus estatutos en el Diario Oficial.

Artículo 209. Los trabajadores no podrán ser despedidos por participar en la formación de un sindicato, debiendo gozar de este derecho de inamovilidad a partir del momento en que se de aviso a la Inspección General de Trabajo de que están formando un sindicato y gozarán de esta protección hasta sesenta días después de la publicación de sus estatutos en el Diario Oficial. Si se incumpliere con lo establecido en este artículo, el o los trabajadores afectados deberán ser

reinstalados en veinticuatro (24) horas y el responsable será sancionado con multa de un mil quetzales (Q.1, 000.00); debiéndose además pagar los salarios dejados de percibir por los trabajadores afectados.

En este otro caso se preceptúa el derecho de reinstalación exclusivo del que gozan los miembros fundadores de un sindicato, dato que se busca proteger de las represalias del empleador a todos aquellos trabajadores que se encuentren participando en la formación de un sindicato. Aquí lo que se busca proteger el derecho de libre sindicalización.

c. Reinstalación de los trabajadores que laboran en un centro de trabajo en donde se ha promovido el planeamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social y que sean despedidos sin autorización judicial

El Artículo 380 del Código de Trabajo se refiere al despido y a toda forma de terminación de los contratos de trabajo, que se produzca sin la autorización previa del juez que conoce del conflicto de carácter económico social que ha sido instaurado contra el empleador. Por un lado, lo que aquí se vulnera con la terminación de los contratos de trabajo es la inamovilidad que se origina de la prevención que dentro de la primera resolución del trámite del conflicto colectivo dicta el juez de trabajo y previsión social.

“Artículo 380. A partir del momento a que se refiere el artículo anterior, toda terminación de contratos de trabajo en la empresa en que se ha planteado el conflicto, aunque se trate de trabajadores, que no han suscrito el pliego de peticiones o que no se hubieran adherido al conflicto respectivo, debe ser autorizada por el juez quien tramitará el asunto en forma de incidente y sin que la resolución definitiva que se dicte prejuzgue sobre la justicia o injusticia del

despido. Si se produce terminación de contratos de trabajo sin haber seguido previamente el procedimiento incidental establecido en este Artículo, el juez aplicará las sanciones a que se refiere el artículo anterior ordenará que inmediatamente sea reinstalado el o los trabajadores despedidos y en caso de desobediencia duplicará la sanción conforme a lo previsto en el artículo que precede. Si aún así persistiere la desobediencia, ordenará la certificación de lo conducente en contra del infractor para su procesamiento, sin que ello lo exonere de la obligación de reinstalar en su trabajo a los trabajadores afectados.

El juez actuará inmediatamente por constarle de oficio o por denuncia la omisión del indicado procedimiento. En este último caso, su resolución de reinstalación debe dictarla dentro de las veinticuatro horas siguientes de haber ingresado la denuncia al tribunal y en la misma resolución designará a uno de los empleados del tribunal, para que en su calidad de ejecutor del mismo haga efectiva la reinstalación.

El procedimiento de reinstalación que establece este artículo es aplicable también cuando se infrinja el derecho de inamovilidad que establece el artículo 209 de este Código.”

Se advierte de lo transcrito anteriormente, que en este caso en particular de reinstalación, se dirige a la protección que la ley confiere para aquellos trabajadores coaligados o sindicalizados que hayan promovido la instauración de un conflicto colectivo de carácter económico social, así también a los terceros, que laboren en la empresa y que no sean parte del conflicto.

En todo caso, lo que busca la reinstalación es este caso además de asegurar la permanencia en el empleo de los trabajadores promovientes del conflicto, es evitar que el empleador pueda mediatizar la fuerza del conflicto, mediante otras formas

de terminación distintas al despido injustificado.

3.5. La reinstalación genérica del servidor público declarada por la doctrina sentada por la Corte de Constitucionalidad

El siete de octubre del año dos mil cuatro, dentro del expediente de apelación del amparo identificado con el número 1183-2004, la Corte de Constitucionalidad dictó la sentencia en la que declaró procedente otorgar la protección constitucional solicitada por Irma Yolanda Marroquín García, en relación a un fallo que tribunales de trabajo y previsión social de segunda instancia habían dictado en su contra, negándole su derecho a ser reinstalada por haber sido despedida injustificadamente por su patrono, que precisamente era el Estado de Guatemala.

Para una mayor comprensión y en la dirección de buscar el mejor aprovechamiento de la presente investigación monográfica, se estima conveniente transcribir la parte conducente de la sentencia relacionada:

“Considerando: I.... II. Según consta en el juicio ordinario laboral que sirve de antecedente al amparo, el Ministerio de Economía, mediante Acuerdo 203-2001 de cuatro de mayo de dos mil uno, dispuso remover al ahora amparista del cargo que desempeñaba en el Instituto Nacional de Estadística, dicha persona promovió demanda ordinaria laboral contra el Estado de Guatemala, demandando su reinstalación en el cargo y el pago de los salarios dejados de percibir. El Juzgado Tercero de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica dispuso acoger la demanda y, como consecuencia ordenó la reinstalación de la demandante. La Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, al conocer en grado, revocó el fallo de primer grado y denegó la demanda, aduciendo para ello que la institución de la reinstalación de un servidor público únicamente procede, cuando lo que se decida

sea la suspensión del trabajador, supuesto que no había acaecido en el caso de la demandante, pues de ésta lo que se había decidido era su destitución. Afirmó que, además de los trabajadores suspensos, la reinstalación únicamente podía concederse en el caso de los dirigentes sindicales, mujeres en estado de gravidez o en período de lactancia y los despidos dispuestos por patronos emplazados, supuestos en los cuales no encuadraba la trabajadora destituida. Es esta última decisión, la que la demandante en el juicio ordinario laboral ataca mediante amparo, pues afirma que, al tenor de lo que establece la Ley de Servicio Civil, en su caso, sí procedía ordenar su reinstalación, dado que la entidad nominadora no había probado tener justa causa para disponer la remoción. **III.** Previo a efectuar el análisis que se requiere, procede acotar que el mismo que se efectuará en el presente fallo, únicamente regirá para el caso de los trabajadores del sector público, cuyos servicios se rijan por la Ley de Servicio Civil. **IV.** Constituye el punto toral del presente asunto, determinar si de conformidad con lo que establece la Ley de Servicio Civil, corresponde a todos los servidores públicos, el derecho a ser reinstalados en sus cargos cuando los mismos sean removidos sin que medie justa causa o sí, por el contrario, debe prevalecer la tesis que la autoridad impugnada expuso en su fallo. Esta Corte, al efectuar análisis pormenorizado del texto de la Ley de Servicio Civil y de su Reglamento, no encuentra que el derecho de la reinstalación haya sido otorgado únicamente a los servidores contemplados en los supuestos a los que la Sala impugnada hace referencia en la sentencia que constituye el acto reclamado. Contrario a lo afirmado por dicho órgano jurisdiccional, los casos de los servidores públicos removidos en los que debe entenderse restringido el derecho a la reinstalación, son reducidos. Uno de ellos, es el de los servidores de quienes se disponga su remoción aduciendo justa causa. Esta afirmación se fundamenta en la forma generalizada en la que se encuentra redactado el Artículo 83 de la Ley de Servicio Civil, el cual establece que la reinstalación de un servidor público genera una nueva relación de trabajo. Dicho precepto deja a salvo los derechos adquiridos con anterioridad que no hubieren

sido cubiertos conforme esa Ley y exceptúa de dicha regla aquellos a quienes se les hubiera retirado del cargo por las causales del Artículo 76 de esa Ley. El segundo de los casos en los que, a criterio de esta Corte, se encuentra restringido el derecho a la reinstalación, es el de los servidores de quienes se disponga su remoción en virtud de la supresión del cargo que ocupan por reducción forzosa de servicios, por falta de fondos o reducción de personal por reorganización. Remoción para la cual debe observarse el procedimiento que para el efecto contempla el Artículo 82 de la Ley de Servicio Civil. Esta restricción, aún cuando no se encuentra expresamente contemplada en la ley, se percibe como una consecuencia lógica de las razones que motivan la separación del cargo del servidor público.

Aunado a lo anterior, según el Artículo 81 de la Ley de Servicio Civil la figura de la reinstalación se encuentra contemplada como consecuencia de toda declaratoria de improcedencia del despido por parte de la Junta Nacional de Servicio Civil. En otros términos, según lo establece la Ley de Servicio Civil, en el procedimiento administrativo, en todo caso en el que se decida que no procedía resolver el despido de un servidor público, debe ordenarse la restitución de éste al cargo del cual fue cesado. Esta regla no tendría porque variar al trasladar el asunto al plano jurisdiccional y convertirse en restrictiva, tal como lo aprecia la autoridad impugnada en su fallo. Las anteriores afirmaciones permiten concluir en que no existe base legal para circunscribir el derecho a la reinstalación únicamente a los casos a los que se refirió la autoridad impugnada, al denegar la demanda de la ahora amparista. Esta Corte estima que la Sala impugnada pretende aplicar a los servidores del sector público la regla general que contempla el Código de Trabajo en su Artículo 78 para el caso de los trabajadores del sector privado. Tal precepto establece que cuando el patrono no pruebe que dispuso el despido con justa causa, deberá pagar a éste un determinado monto en concepto de indemnización y únicamente para el caso de las madres en gravidez, madres lactantes, dirigentes sindicales y casos de despidos decididos por patronos que se encuentren

emplazados, contempla la reinstalación del trabajador. **Esta Corte no comparte tal criterio, pues el mismo conlleva la aplicación supletoria del Código de Trabajo, pero en desmedro de los intereses de los servidores públicos. Aceptar tal decisión equivaldría a permitir al órgano jurisdiccional que cree en su fallo limitaciones que el legislador no previó al emitir la Ley de Servicio Civil.** Con base en los anteriores razonamientos, y en vista de que la situación de la demandante no se encontraba comprendida en ninguno de los casos en los que, según análisis de esta Corte, se restringe el derecho a la reinstalación de los servidores públicos debió acoger su solicitud de reinstalación. Tales razonamientos determinan la necesidad de otorgar la protección constitucional que solicita y, habiendo dispuesto el tribunal de amparo de primer grado denegar la misma, debe revocarse el fallo que se conoce en alzada y dictar el que en derecho corresponde.”

Como puede advertirse del fallo que se analiza, la Corte de Constitucionalidad además de sentar con el mismo la doctrina legal que obliga a los tribunales de trabajo a aplicar el Artículo 83 de la Ley de Servicio Civil en la forma expuesta. Establece con total claridad que la reinstalación del servidor público constituye un derecho genérico que se puede reclamar en todos los casos en los que el despido del servidor se haya resuelto sin justa causa, lo que significa que los servidores públicos pueden sí así lo desean solicitar dentro del trámite del juicio ordinario que se condene al empleador a reinstalarlos en sus puestos, una vez declarado injusto el despido y también a que se les pague los salarios que dejaron de percibir durante el tiempo en que permanecieron despedidos.

Esta doctrina sentada por la Corte de Constitucionalidad, confirma la hipótesis en la que se ha sustentado esta investigación, relativa a que la reinstalación es un derecho genérico del servidor público, que se puede reclamar en juicio ordinario y que los tribunales de trabajo y previsión social están obligados a declarar procedente.

CONCLUSIONES

1. En el reclamo por despido injustificado, que promueve el trabajador del Estado, puede pretenderse el pago de indemnización por tiempo de servicio o la reinstalación al mismo puesto y el pago de los salarios dejados de percibir.
2. La reinstalación que dispone la Ley de Servicio Civil, se puede ordenar administrativamente por la Junta Nacional de Servicio Civil o judicialmente por los tribunales de trabajo y previsión social, en el caso de que sea invocada por el trabajador despedido injustificadamente.
3. La reinstalación constituye un derecho genérico que pueden invocar todos los servidores públicos, que hayan sido despedidos injustificadamente.
4. El despido injustificado del servidor público, origina para el Estado como empleador, la obligación de pagar todos los salarios dejados de percibir por el trabajador durante todo el tiempo que se mantuvo despedido.
5. La vía procesal para demandar la reinstalación de un servidor público que ha sido despedido injustificadamente, es la del juicio ordinario de doble instancia.
6. Los únicos casos en los que no procede demandar la reinstalación del servidor público son los de: los servidores públicos que hayan sido despedidos injustificadamente; o el de los servidores públicos que hayan sido removidos de sus cargos por supresión de puestos o por

reorganización administrativa, en cuyo caso corresponde únicamente el pago de la indemnización por tiempo de servicio.

7. En el juicio ordinario que se instaura para demandar la reinstalación del servidor público despedido injustificadamente, es improcedente el pago de los daños y perjuicios que se sustituye por la condena al pago de los salarios dejados de percibir, por el tiempo que el trabajador haya permanecido despedido.
8. El Estado y los servidores públicos ligan su relación por medio de un acto administrativo, que se constituye en el contrato de trabajo que perfecciona el inicio de la relación laboral.
9. Los nombramientos emitidos por las autoridades nominadoras que perfeccionan la relación laboral de los servidores públicos, añejan para éstos últimos todos los derechos de naturaleza laboral, que se originan del típico contrato de trabajo.

RECOMENDACIONES

1. Las Salas de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, deben de cumplir con lo dispuesto por el Código de Trabajo, en relación a reunirse periódicamente y unificar los criterios de aplicación de la ley, en relación a la reinstalación como derecho genérico de los servidores públicos.
2. Los Juzgados de Trabajo y Previsión Social deben de cumplir con aplicar obligatoriamente la doctrina legal sentada por la Corte de Constitucionalidad, en relación a que el derecho de reinstalación del servidor público, es un derecho genérico y por consiguiente deben declarar su procedencia en los casos de despido injusto de éstos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLOCATI, Amadeo. **Derecho Procesal del Trabajo**. Buenos Aires. Editorial Ediar, 1988
- BIALET MASSÉ, Juan. **Regimenes especiales de trabajo**. Buenos Aires. Editorial Ediar. 1985.
- BARBAGELATA, Hugo. **Regulaciones especiales del trabajo**. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot. 1986
- BAYON CHACÓN, Gaspar. **Contratos especiales de trabajo**. Madrid. Editorial Dear. 1985.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual**. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1988.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario de Derecho Laboral**. Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1998.
- CANTÓN MOLLER, Miguel. **La relación de trabajo de los servidores públicos**. México. Editorial Porrúa. 1997.
- CASTORENA, Jesús. **Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo**. Madrid. Editorial Dear. 1985.
- DE LA CUEVA, Mari. **Nuevo Derecho mexicano del Trabajo**. México. Editorial Porrúa S.A. 1987.
- DE LEÓN DE LEÓN, Ángel Humberto. **El despido en la Ley de Servicio Civil**. Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1975.
- DEVEALI, Mario. **Lineamientos de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires. Editorial Tea. 1988.
- FIORINI, Bartolomé. **Vulneraciones al derecho de la concepción de la mujer trabajadora**. Buenos Aires. Editorial Ediar. 1986.
- GARCINI GUERRA. Héctor. **El Derecho Administrativo y la relación laboral**. La Habana. Editorial Torre Azul. 1988.
- LARENZ, Karl. **Tratado de Derecho del Trabajo**. Madrid. Editorial Cádiz. 1988.

KROTOSCHIN, Ernesto. **La relación de trabajo de los funcionarios y empleados públicos.** Buenos Aires. Editorial Depalma. 1987.

MAGAÑA GUAL, Jorge Luis. **El despido en la Ley de Servicio Civil.** Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala. 1974.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires. Editorial Heliasta. 1984.

TRUEBA URBINA, Alberto. **La relación especial de los servidores públicos.** México. Editorial Porrúa S.A. 1988.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1985.

Código de Trabajo. Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala. 1961.

Ley de Servicio Civil. Decreto 1748 del Congreso de la República de Guatemala. 1968

Reglamento de la Ley de Servicio Civil. Acuerdo Gubernativo 18-98 del Presidente de la República de Guatemala. 1998.