

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

**LAS LIMITACIONES EN EL MARCO LABORAL GUATEMALTECO
ACTUAL PARA LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ QUE SON
CONTRATADAS POR SERVICIOS PROFESIONALES**

YEISON YOSEF CARRERA BARRIENTOS

GUATEMALA, DICIEMBRE DE 2007

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

**LAS LIMITACIONES EN EL MARCO LABORAL GUATEMALTECO ACTUAL PARA
LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ QUE SON CONTRATADAS POR
SERVICIOS PROFESIONALES**

TESIS

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

Por

YEISON YOSEF CARRERA BARRIENTOS

Previo a conferírsele el grado académico de

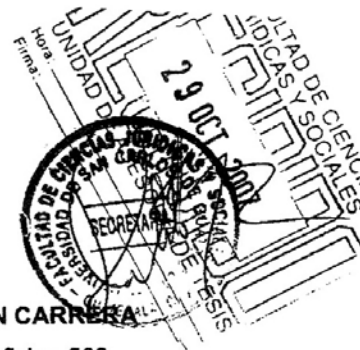
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, diciembre de 2007

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).



LIC. HUGO LEONEL MARROQUIN CARRERA

8ª. Av. 10-24 Zona 1, quinto nivel oficina 503

Tel. 53123938

Guatemala, 29 de octubre del 2007

Licenciado

MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria.

Respetable Licenciado:

De acuerdo con el nombramiento emitido por su Despacho oportunamente, en el que se dispone nombrarme Asesor de Tesis del Bachiller **YEISON YOSEF CARRERA BARRIENTOS**, procedí a asesorar el trabajo de investigación, y para lo cual informo:

El postulante presentó el tema de investigación "**LAS LIMITACIONES EN EL MARCO LABORAL GUATEMALTECO ACTUAL PARA LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ QUE SON CONTRATADAS POR SERVICIOS PROFESIONALES**".

Del análisis practicado, he establecido que el trabajo presentado por el Bachiller Carrera Barrientos cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de esta Facultad, relativos al contenido científico y técnico de la tesis, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito asesor derivadas del examen del trabajo y por las razones anteriormente expresadas, **APRUEBO** el trabajo presentado por el estudiante Carrera Barrientos, para que pueda continuar su trámite, a efecto de que se le nombre revisor al presente trabajo de tesis.

LIC. HUGO LEONEL MARROQUIN CARRERA

Col. 5,936

Licenciado

Hugo Leonel Marroquin Carrera
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de noviembre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a) **LICENCIADO (A) CÉSAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante **YEISON YOSEF CARRERA BARRIENTOS**, intitulado: **"LAS LIMITACIONES EN EL MARCO LABORAL GUATEMALTECO ACTUAL PARA LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ QUE SON CONTRATADAS POR SERVICIOS PROFESIONALES"**

Me permito hacer de su conocimiento que esta facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/slh



LIC. CESAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ

4ta. Calle 7-53 zona nueve edificio Torre Azul of. 506

Tel. 23610015

Guatemala, 07 de noviembre de 2007

Licenciado

MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Ciudad Universitaria.

Respetable Licenciado:

De acuerdo con el nombramiento emitido por su Despacho oportunamente, en el que se dispone nombrarme Revisor de Tesis del Bachiller **YEISON YOSEF CARRERA BARRIENTOS**, procedí a revisar el trabajo de investigación, y para lo cual informo:

El postulante presentó el tema de investigación "**LAS LIMITACIONES EN EL MARCO LABORAL GUATEMALTECO ACTUAL PARA LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ QUE SON CONTRATADAS POR SERVICIOS PROFESIONALES**".

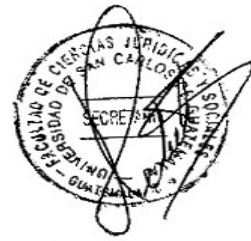
Del análisis practicado, he establecido que el trabajo presentado por el Bachiller Carrera Barrientos cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de esta Facultad, relativos al contenido científico y técnico de la tesis, así como la metodología y técnicas de investigación utilizadas.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito revisor derivadas del examen del trabajo y por las razones anteriormente expresadas, considero que el trabajo presentado por el estudiante Carrera Barrientos, debe continuar su trámite, a efecto de que se ordene la impresión del mismo y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

LIC. CESAR LANDELINO FRANCO LÓPEZ

Cdl. 4,596

Lic. César Landelino Franco López
ABOGADO Y NOTARIO

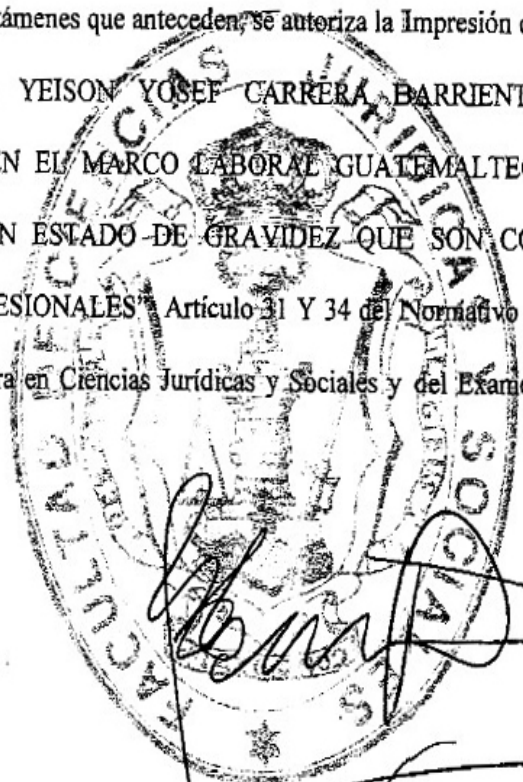


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de noviembre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante YEISON YOSEF CARRERA BARRIENTOS, Titulado "LAS LIMITACIONES EN EL MARCO LABORAL GUATEMALTECO ACTUAL PARA LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ QUE SON CONTRATADAS POR SERVICIOS PROFESIONALES" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Ser supremo que guía mi camino y que nunca me abandona en la adversidad. Mercedor de toda honra, porque de Él, para Él, y por Él son todas las cosas, a Él sea la gloria, fuente inagotable de conocimiento y sabiduría.
- A MI MADRE: Elizabeth Barrientos, por su apoyo incondicional a lo largo de mi vida en la realización de mis metas.
- A MI HERMANA: Rosaines Carrera, gracias por su cariño y ser un ejemplo a seguir.
- A MI ESPOSA: Angela Leal, gracias por su amor y apoyo en todo momento.
- A MI HIJA: Ximena Alejandra Carrera Leal, por ser la fuente de fuerza para alcanzar mis metas.
- A MIS AMIGOS: Que me acompañaron en las largas horas de preparación académica y que hicieron grato el camino de aprendizaje gracias por compartir sus conocimientos, especialmente a Arnoldo Contreras, Manuel Suc, Alex Soto, Wilber Navarro, Nelson Morataya, Hernán Guerra, Sergio Cabañas Iberica Herrera, Juan Carlos Aguirre.
- A LOS LICENCIADOS: César Franco, Herminia Campos, Leonel Marroquín un agradecimiento muy especial por todo el apoyo recibido a lo largo de mi preparación académica, deseándoles que Dios bendiga su vida y profesión. Por su noble gesto de apoyo intelectual en mi preparación y culminación de mi carrera.
- A: La gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala centro de estudios donde realicé mis sueños y forjadora de mejores profesionales en el país y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que hoy me honra con tan preciado galardón a quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.
- A USTED: Por su presencia.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La discriminación.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Normas internacionales y leyes guatemaltecas.....	1
1.3. El derecho a la no discriminación.....	1
1.4. La discriminación en el trabajo.....	5
1.5. Las pruebas de embarazo en el trabajo.....	6

CAPÍTULO II

2. Género.....	9
2.1. Etimología y nomenclatura.....	9
2.2. Antecedentes.....	9
2.3. Nociones generales.....	13
2.3.1. Concepto.....	13
2.3.2. Características.....	13
2.3.3. Indicadores sociales.....	14
2.3.4. Situación social.....	15

CAPÍTULO III

3. El salario.....	19
3.1. Etimología y nomenclatura.....	19
3.2. Antecedentes.....	20
3.3. Naturaleza jurídica.....	22
3.4. Definición.....	23

	Pág.
3.5. Principios del salario.....	23
3.5.1. De igualdad.....	23
3.5.2. De eficiencia.....	24
3.5.3. Alimenticio.....	25
3.5.4. De inmutabilidad.....	27
3.5.5. De intangibilidad.....	28
3.5.6. De justicia.....	28
3.6. Formas de pactar el salario.....	29
3.6.1. En moneda de curso legal.....	29
3.6.2. En especie.....	30
3.6.3. Por unidad de tiempo.....	30
3.6.4. Por unidad de obra.....	31
3.6.5. Por participación en las utilidades, ventajas o cobros que haga el patrono.....	31
3.7. Medidas de protección del salario.....	31
3.7.1. El pago del salario, debe hacerse en moneda de curso legal.....	32
3.7.2. El pago del salario mínimo.....	32
3.7.3. El plazo para el pago del salario.....	33
3.7.4. Obligación de pagar el salario completo en cada período.....	33
3.7.5. Obligación de pagar el salario directamente al trabajador.....	33
3.7.6. El lugar del pago del salario.....	34
3.7.7. Inembargabilidad del salario.....	34
3.7.8. Los anticipos del salario.....	35
3.7.9. La protección a los salarios menores a cien quetzales.....	35
3.7.10. La preeminencia de los créditos por pago de salarios.....	35
3.8. Normativa laboral vigente y acuerdos ratificados por Guatemala que protegen el salario.....	36
3.8.1. Con la Constitución Política de la República de Guatemala.....	36
3.8.2. Con el Código de Trabajo.....	39
3.8.3. Los Convenios ratificados por Guatemala.....	44

	Pág.
3.8.3.1. C-100 Convenio Sobre Igualdad de remuneración, 1951.....	44
3.8.3.2. C-131 Convenio Sobre la Fijación de salarios Mínimos, 1970.....	45
3.8.3.3. C-95 Convenio sobre la Protección del salario, 1949.....	49

CAPÍTULO IV

4. Contratos de trabajo.....	61
4.1. Nociones generales.....	61
4.2. Naturaleza jurídica del contrato de trabajo.....	62
4.3. Contrato individual del trabajo.....	64
4.3.1. Concepto.....	64
4.3.2. Definición.....	65
4.4. Clases de contrato de trabajo.....	66
4.4.1. Contrato de trabajo por tiempo indefinido.....	66
4.4.2. Contrato de trabajo a tiempo fijo.....	67
4.4.3. Contrato de trabajo para obra determinada.....	68
4.4.4. Otra clasificación.....	69
4.5. Características.....	69
4.5.1. Consensual.....	69
4.5.2. Bilateral o sinalagmático.....	70
4.5.3. Oneroso.....	70
4.5.4. Personal.....	70
4.5.5. Principal.....	70
4.5.6. De tracto sucesivo.....	71
4.5.7. Conmutativo.....	71
4.5.8. Autónomo.....	71

	Pág.
4.6. Principios sociales en que se fundamenta el derecho de trabajo.....	71
4.7. Elementos del contrato de trabajo.....	76
4.7.1. Elementos generales.....	76
4.7.1.1. Capacidad.....	76
4.7.1.2. Consentimiento.....	78
4.7.1.3. Objeto.....	80
4.7.2. Elementos especiales.....	80
4.7.2.1. Prestación personal del servicio.....	81
4.7.2.2. Subordinación.....	81
4.7.2.3. Salario.....	83
4.7.2.4. Ausencia de riesgo.....	84
4.7.2.5. Estabilidad.....	85
4.8. La simulación de los contratos de trabajo.....	86
4.8.1 La simulación y lo que sucede en el caso del contrato civil de honorarios profesionales y el contrato de trabajo.....	86
4.8.1.1. Aspectos doctrinarios y legales de la simulación.....	86
4.8.1.2. Bosquejo histórico de la teoría de la simulación.....	87
4.8.2. Definición.....	89
4.8.3. Características de la simulación.....	89
4.8.4. Clasificación.....	90
4.8.4.1. Simulación absoluta.....	91
4.8.4.2. Simulación relativa.....	91
4.8.5. Elementos de la simulación.....	92
4.8.5.1. Elementos personales.....	92
4.8.5.2. Elementos objetivos.....	93

CAPÍTULO V

	Pág.
5. El contrato de servicios profesionales constituye un medio del patrono para evadir el pago de prestaciones laborales.....	97
5.1. El contrato de servicios profesionales.....	97
5.2. Definición.....	98
5.3. Principios que rigen el contrato de servicios profesionales.....	99
5.3.1. Consensualita.....	99
5.3.2. Principio de la autonomía de la voluntad.....	100
5.3.3. Principio del formalismo.....	100
5.4. Elementos.....	100
5.4.1. Elementos personales.....	101
5.4.2. Elementos reales.....	102
5.5. Forma.....	104
5.6. Efectos.....	104
5.6.1. Obligaciones y derechos del profesional.....	104
5.6.2. Derechos y obligaciones del cliente.....	105
5.7. Características del contrato de servicios profesionales.....	106
5.8. Regulación legal.....	107
5.9. Clasificación.....	111
5.9.1. Es bilateral.....	112
5.9.2. Es consensual.....	112
5.9.3. Es oneroso.....	112
5.9.4. Es conmutativo.....	112
5.9.5. Es intuitu personae.....	113
5.9.6. Es de tracto sucesivo.....	113
5.9.7. Es principal.....	113
5.10. Principios del derecho del trabajo.....	113
5.10.1. Definición de principio de estabilidad.....	113
5.10.2. Definición de principio continuidad.....	115

	Pág.
5.11. Vulneración del principio de estabilidad y continuidad laboral.....	115
5.12. Características del contrato de servicios profesionales.....	116
5.13. Necesidad de legislar la modalidad del contrato de servicios profesionales dentro de la legislación laboral.....	116
5.14. Diferencia entre salario y honorario.....	117
5.14.1. Salario.....	117
5.14.2. Honorarios.....	118
5.15. Diferencia entre contrato laboral y contrato civil.....	119
5.16. Regulación legal del contrato civil de servicios profesionales.....	119
5.17. El contrato de servicios técnicos o profesionales y su relación con las normas tributarias.....	121
5.17.1. Ley del impuesto sobre la renta.....	121
5.17.2. Ley del impuesto al valor agregado.....	123
5.18. Ventajas y desventajas para el patrono contratante, así como ventajas de desventajas para el trabajador común, celebrando un contrato de servicios técnicos o profesionales en una relación de trabajo.....	123
5.18.1. Ventajas para el patrono.....	124
5.18.2. Desventajas para el patrono.....	124
5.18.3. Ventajas para el trabajador.....	124
5.18.4. Desventaja para el trabajador.....	125
5.19. Aspectos doctrinarios y legales de la simulación.....	125
5.19.1. La simulación del contrato en el ámbito laboral.....	125
5.19.2. La simulación en el ámbito laboral respecto del contrato de servicios profesionales.....	126
5.20. Medios legales para resolver los conflictos.....	127
5.20.1. Diferencias y similitudes del contrato de servicios profesionales y el contrato individual del trabajo.....	127
5.20.1.1. Diferencias.....	127
5.20.1.2. Similitudes.....	128

	Pág.
CONCLUSIONES	129
RECOMENDACIONES	131
BIBLIOGRAFÍA	133

INTRODUCCIÓN

La justificación de esta investigación se funda en demostrar que las autoridades del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, no velan por los derechos de las mujeres en estado de gravidez, que son contratadas por servicios profesionales, toda vez que no les son reconocidos los derechos que le asisten por su estado, de manera arbitraria, violando sus derechos laborales; se evidencia con esto que no existe una normativa que regule todo lo relacionado a los derechos y protección de los mismos.

Las mujeres en estado de gravidez que son contratadas por servicios profesionales se ven desprotegidas al momento de no satisfacer las expectativas propuestas por los clientes (patronos), quienes de manera arbitraria disminuyen su salario y, de igual forma, disminuyen sus derechos laborales sin tomar en cuenta que existe un contrato que debe velar por el cumplimiento de las leyes laborales vigentes.

En nuestro medio es común y práctica constante que muchas empresas y/o instituciones del Estado, utilicen el servicio de contratos profesionales como una modalidad de contratación, una típica relación de trabajo en la cual se menoscaban y vulneran los derechos de las mujeres en estado de gravidez, que son contratadas por servicios profesionales, pudiendo señalar, entre otros: el de la estabilidad y continuidad, goce de los períodos prenatal, postnatal y de lactancia; también se usa esta modalidad de contratación con el objeto de no adquirir el llamado pasivo laboral, en el que va incluido el derecho a la indemnización, así como una eventual jubilación por estar excluidos en el seguro social y del régimen de clases pasivas del Estado.

Lo anteriormente aseverado, denota la necesidad de crear una normativa que ampare y proteja a las mujeres embarazadas para evitar estas transgresiones a los principios del derecho laboral y que, a la vez, desarrolle los mecanismos adecuados para evitar este tipo de incidencias que contrarían y tergiversan los principios fundamentales de la legalidad; los principios del derecho laboral, la irregularidad, la ilegalidad en las contrataciones de las mujeres, utilizando para el efecto un contrato de servicios profesionales, el cual es un mecanismo comúnmente requerido por el patrono

para evadir el pago de prestaciones laborales y disminuir los derechos irrenunciables que le asisten a todo trabajador y que, además, vulnera el principio de la estabilidad y continuidad laboral de la mujer trabajadora (sobre todo las mujeres embarazadas), a través de una simulación de un contrato de servicios cuando realmente es un contrato laboral. De tal manera que las limitaciones en el marco laboral guatemalteco actual para las mujeres en estado de gravidez, que son contratadas por servicios profesionales, es ilegal y enfrenta un problema, ya que al no ser regulado y amparado por las leyes laborales al momento de concluir el período pactado, las mujeres en estado de gravidez no gozan de beneficio alguno que por derecho le corresponde.

La legislación laboral está llamada a proteger a todos los trabajadores por igual pero, sobre todo, debe garantizar que pese a surgir una relación laboral por servicios profesionales, se cumpla con todos los beneficios económicos a que tiene derecho la mujer trabajadora en estado de gravidez; es decir, a todas sus prestaciones laborales. Por dicha situación, el derecho del trabajo debe establecer sanciones para todas aquellas formas en las que se puede tergiversar su cumplimiento, de retorcer la aplicación de sus principios garantistas.

Para que el contrato individual de trabajo exista, basta que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación del servicio, lo que determina la inmediata aplicación de la legislación laboral, la contratación de los servicios profesionales en entidades estatales y, más aún, en empresas o instituciones privadas; las cuales, en la mayoría de veces, utilizan la contratación de servicios profesionales, con el único y exclusivo fin, según ellos, de evitar que se perfeccione la relación laboral; es más, aún se llega a extremos tan evidentes que, no obstante, se dan los elementos generales y esenciales del contrato de trabajo, al momento en que la parte patronal, decide dar por concluido el contrato de servicios profesionales, por decidirlo unilateralmente queda eximido de toda responsabilidad, ya que se ha pactado con antelación tal vicisitud.

Por ello, se analizan los riesgos que conlleva para el trabajador contratado bajo esta modalidad, la pérdida de sus derechos mínimos e irrenunciables que, si bien son aceptados por el trabajador a sabiendas que al hacerlo significa la pérdida de los mismos, por el simple hecho de que al no aceptar las condiciones impuestas por los patronos, en los respectivos contratos, no obtendrían el trabajo. La simulación constituye uno de los vicios del consentimiento, que nuestra ley ordinaria establece y que afecta, en gran manera, el contrato de trabajo, la importancia que tiene el hecho que actualmente es práctica reiterada.

En consecuencia, con la hipótesis formulada se demuestra que para la mujer en estado de gravidez trabajadora, se simulan contratos de servicios profesionales para evadir las prestaciones de ley a las cuales tiene derecho, constituye una ilegalidad que afecta los derechos laborales de las mujeres, derivada de la falta de una normativa laboral que proteja la contratación de mujeres y que respete el derecho al permiso de maternidad pagada. El objetivo general que se planteó para la investigación es demostrar que la contratación por servicios profesionales de mujeres en estado de gravidez, es una forma de discriminación por razones de género, que violentan y transgreden los derechos irrenunciables. Así también, los objetivos específicos han sido establecer la necesidad de crear una normativa que proteja los derechos de las mujeres, demostrar que los patronos cometen ilegalidades en las contrataciones. La determinación de los métodos en la presente investigación obedece a la misma naturaleza del tema, los cuales fueron el método deductivo, inductivo, analítico, sintético, histórico y jurídico.

Por lo anterior, este trabajo de investigación está contenido en cinco capítulos; de los cuales, el primero tiene como propósito el estudio de la discriminación, sus antecedentes, generalidades, regulación y efectos; el segundo tiene el propósito de estudiar el género en cuanto a nociones generales, antecedentes, definición, características, indicadores sociales, situación social y caracterizar a la mujer en la fuerza de trabajo; en el tercero se aborda su definición, historia del salario en Guatemala, los principios y formas de pactar el salario, así como las medidas de

protección del mismo, los derechos que se contraen con el salario y la normativa vigente en Guatemala. Se continúa en el capítulo cuatro con contratos de trabajo, clases de contrato de trabajo, sus principios, sus características y los elementos que la conforman; el quinto capítulo busca establecer si el contrato de servicios profesionales constituye un medio del patrono para evadir el pago de prestaciones laborales, características del contrato de servicios profesionales, diferencia entre un contrato laboral y un contrato civil.

CAPÍTULO I

1. La discriminación

1.1. Definición

Es separar, distinguir una cosa de otra. Desde el punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros. El problema de la discriminación ha dado origen a muy graves cuestiones a través de los siglos y ha adquirido caracteres verdaderamente pavorosos con la implantación de los modernos regímenes totalitarios de uno y otro signo, pero de modo especial en el ambiente laboral.

1.2. Normas internacionales y leyes Guatemaltecas

En virtud de la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho internacional tiene preeminencia sobre las leyes nacionales con respecto a los derechos humanos. Los acuerdos internacionales del trabajo establecen los derechos mínimos de los que disfrutarán los trabajadores en Guatemala. Tal como lo establece la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 46 “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”. El gobierno guatemalteco tiene la obligación conforme al derecho internacional de derechos humanos de garantizar que los que viven dentro de su jurisdicción pueden disfrutar y ejercer sus derechos humanos. Como parte de tratados internacionales de derechos humanos, Guatemala se ha comprometido a eliminar la discriminación de jure, prevenir las prácticas discriminatorias en los sectores tanto público como privado y ofrecer remedios efectivos a aquéllos que padecen los abusos. Para cumplir estos compromisos, Guatemala tiene el deber, entre otros, de asegurar que sus leyes nacionales son compatibles con el derecho internacional de derechos humanos.

1.3. El derecho a la no discriminación

Todos los instrumentos internacionales de derechos humanos destacan una disposición contra la discriminación. La Declaración Universal de Derechos Humanos – DUDH -, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – PIDCP - y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC - denominados en conjunto los derechos fundamentales internacionales-comparten la prohibición general de distinciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.¹ En el PIDESC también se establece el derecho a la igualdad: el Artículo 26 afirma que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación ... Según el experto en el PIDCP Manfred Nowak, este artículo impone a los Estados Partes la obligación de garantizar una *igualdad substantiva* por medio de la *legislación*.²

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEFDM - y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial - CEDR -, desarrollan, respectivamente, las prohibiciones específicas de las distinciones por motivos de sexo o de raza, color u origen étnico. Ambos tratados prohíben toda distinción, exclusión, restricción basada en motivos de sexo o raza, respectivamente, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales.³ El Comité de la CEDR, establecido para supervisar la implementación de la convención, ha aclarado que sus disposiciones se aplican a los pueblos indígenas tales como los Mayas de Guatemala⁴ Al haber ratificado ambos tratados a principios de los ochenta, Guatemala no solo tiene que abstenerse de practicar la discriminación basada en el sexo o la raza, sino que también

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 2.

² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, Pág. 469

³ Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (18 de enero de 1983).

⁴ **Ibid.**

tiene que prevenir y castigar esta conducta cometida por personas particulares dentro de su jurisdicción. En concreto, Guatemala tiene que adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer,⁵ y revocar leyes y reglamentos que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista.

Aunque la CEDR no se ocupa directamente de la discriminación por motivos de género y la CEFDM solo trata la discriminación racial en su preámbulo, existe un consenso creciente en que estas dos convenciones se complementan. Así, en 1999, el Comité de la CEDR modificó las directrices para la presentación de informes de Estados Partes y pidió que en futuros informes se describan, en la medida de lo posible en términos cuantitativos y cualitativos, los factores y las dificultades que se encuentran a la hora de asegurar que las mujeres disfruten en pie de igualdad y libres de discriminación racial los derechos protegidos por la Convención. En 2000, El Comité de la CEDR emitió una recomendación general, o una interpretación autorizada, sobre las dimensiones de género de la discriminación racial en la que reconocía que determinadas formas de discriminación racial pueden dirigirse contra las mujeres y algunas formas de discriminación racial repercuten únicamente sobre las mujeres. El comité se comprometió a examinar la relación entre género y discriminación racial prestando especial atención a: I) la forma y manifestación de la discriminación racial; II) las circunstancias en que se produce la discriminación racial; III) las consecuencias de la discriminación racial; y IV) la disponibilidad y accesibilidad de remedios y mecanismos de denuncia en casos de discriminación racial.

El movimiento internacional de derechos humanos de la mujer lleva tiempo adelantando la necesidad de examinar la intersección entre género y raza. Los documentos finales tanto de la Cuarta Conferencia Mundial de la ONU sobre la Mujer en Beijing, China, en 1995, como de la sesión especial de la Asamblea General de la ONU sobre Mujer 2000: Igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI, conocida como Beijing +5 y celebrada en Nueva York, Estados Unidos, en 2000, reconocieron los obstáculos basados en la raza, la lengua, la etnia y la cultura, entre otros, que impiden la obtención

⁵ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 2.

de poder y la plena igualdad de la mujer.⁶ La prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belem do Pará, el único tratado regional de derechos humanos dedicado a la violencia contra la mujer, señala que la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En un documento de antecedentes publicado con vistas a la Tercera Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Sudáfrica en 2001, el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (UNIFEM) escribió que las mujeres suelen experimentar una discriminación agravada y coincidente, en la que su experiencia de la discriminación por motivos de género coincide con el racismo y la intolerancia relacionada."⁷

La conciencia de que el género y la raza o el origen étnico son motivos de discriminación que suelen agravarse y reforzarse mutuamente es especialmente relevante en el caso de las trabajadoras en Guatemala. El origen étnico fue un factor que se tuvo en cuenta al redactar las disposiciones del Código de Trabajo.

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo - OIT - en su Convenio número 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), prohíbe la conducta, las prácticas o las leyes que tengan por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.⁸ La Comisión de Expertos - CDE - de la OIT, un panel creado para aportar interpretaciones autorizadas de los convenios y las recomendaciones de la OIT, ha declarado que la discriminación indirecta dentro del sentido del Convenio número 111 incluye la que está basada en nociones arcaicas y estereotipos respecto a los roles que deben desempeñar hombres y mujeres que varían según los países, las culturas, las costumbres y dan lugar a discriminaciones fundadas en el sexo. Guatemala ratificó el Convenio número 111 el 11 de octubre de 1960.

⁶ Conferencia mundial sobre la mujer (Beijing, septiembre 1995).

⁷ Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (26 de septiembre de 2000).

⁸ Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo. Artículo 1.

El Convenio número 111 solo permite las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado.⁹ La CDE ha instado además a que se interpreten estrictamente las excepciones para evitar una limitación indebida de la protección que tiende a asegurar el Convenio. Entre las protecciones que contempla el Convenio se encuentran la no discriminación en el disfrute de los derechos sobre la jornada laboral, los períodos de descanso, los días festivos pagados y las medidas de seguridad social relacionadas con el empleo.

Utilizando los criterios generales antes citados, se podría considerar que las leyes o políticas laborales aparentemente neutrales que tienen un impacto desproporcionado sobre la mujer y que no están justificadas por los requisitos inherentes del empleo tendrían consecuencias injustificables distintas. Las exclusiones dentro del Código de Trabajo de Guatemala con respecto a los empleados por servicios profesionales tienen un impacto desproporcionado sobre la mujer. No hay razones legítimas que justifiquen la diferencia de las normas que regulan el trabajo por servicios profesionales. En cambio, el trato distinto a los trabajadores hombres parece estar basado en nociones estereotipadas del papel y las funciones de la mujer en la sociedad guatemalteca.

1.4. La discriminación en el trabajo

La discriminación basada en la situación reproductiva, independientemente de la forma que tenga, es un tipo de discriminación por motivos de sexo. Las pruebas de embarazo como condición para el empleo son un ejemplo claro. El incumplimiento de las protecciones para la maternidad también constituye una forma de discriminación sexual. Las pruebas de embarazo como condición están inextricablemente ligadas y son específicas de la condición femenina. Por lo tanto, cuando los empleadores o posibles empleadores maltratan a las mujeres por estar embarazadas o porque pueden quedarse embarazadas, están discriminándolas por motivos de sexo. La discriminación fundamentada en el embarazo va más allá del proceso de contratación y afecta a las vidas de las mujeres en el trabajo: descenso de categoría, traslados desventajosos y, en los peores casos, despidos de trabajadoras embarazadas y negación o limitación del

⁹ **Ibid.**

permiso de maternidad y los arreglos para la lactancia. La discriminación basada en la situación reproductiva constituye una forma de discriminación sexual al concentrarse en una condición que solo las mujeres pueden experimentar. Dicho trato penaliza exclusivamente a la mujer.

El derecho internacional ha codificado protecciones mínimas para la maternidad con el fin de garantizar que las capacidades reproductivas de la mujer no afectan a su plena igualdad en el lugar de trabajo. La legislación guatemalteca refleja esta perspectiva, sin embargo, existe en la práctica una discriminación generalizada basada en la situación reproductiva. Guatemala tiene la obligación conforme al derecho internacional de derechos humanos y su legislación nacional a emprender iniciativas activas para eliminar este obstáculo a la participación igualitaria de la mujer en la fuerza laboral.

1.5. Las pruebas de embarazo en el trabajo

La CEFDM se ocupa directamente de la discriminación en el empleo y exige a los gobiernos que adopten todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo garantizando los derechos al trabajo, a la igualdad de oportunidades laborales, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo.¹⁰ La CEFDM trata específicamente el asunto de los derechos reproductivos en la fuerza laboral: los Estados Partes tienen que garantizar un derecho efectivo al trabajo previniendo la discriminación contra la mujer por motivos de maternidad. El artículo 11 de la CEFDM prohíbe específicamente el despido por motivos de embarazo.¹¹

Asimismo, el Convenio número 111 de la OIT prohíbe la discriminación por motivos de sexo con respecto al acceso al empleo y las condiciones de empleo. La Comisión de Expertos de la OIT ha interpretado que el convenio prohíbe la discriminación basada en el embarazo como una forma de discriminación sexual. El nuevo Convenio sobre la

¹⁰ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Artículo 11.

¹¹ **Ibid.**

protección de la maternidad número 183, adoptado en mayo de 2000 para revisar el convenio sobre la maternidad de 1952, pide explícitamente a los Estados Miembros que erradiquen las pruebas de embarazo como una forma de discriminación en el empleo por motivos de sexo. Guatemala ratificó el Convenio número 103, pero ha votado en contra del recién adoptado Convenio número 183. El Nuevo convenio no impone por lo tanto una obligación directa a Guatemala, aunque demuestra que grandes sectores de la comunidad internacional consideran intolerables las pruebas de embarazo relacionadas con el empleo.

El Código de Trabajo de Guatemala no prohíbe *per se* la exclusión de solicitantes de trabajo sobre la base de su situación reproductiva. Sin embargo, el artículo 151 del Código prohíbe a los empleadores especificar el sexo, la raza, el origen étnico o el estado civil en los anuncios de empleo, en la mayoría de los casos, y hacer cualquier diferencia entre mujeres solteras y casadas y mujeres con responsabilidades familiares. El Ministerio de Trabajo interpreta que este artículo prohíbe las preguntas y las pruebas relativas al embarazo como una condición para el empleo.

Siendo que del embarazo y de la maternidad se derivan derechos y obligaciones inherentes a la mujer trabajadora, que el estado protege y vela en forma especial por su estricto cumplimiento, todo acto o documento por los que se requiera a la solicitante de un puesto de trabajo si está embarazada o que se le pretenda someter a un examen relacionado con tal estado, son nulos ipso jure y no obligan a dichos solicitantes a cumplirlos. Partiendo de este tipo de practica que realizan los patronos o posibles patronos la mujer que es contratada por servicios profesionales es privada de los derechos que le asisten, es decir pierde el derecho a la indemnización, a la maternidad, a lactancia encontrándose desde todo tipo de vista en una clara desventaja sobre los hombres.

CAPÍTULO II

2. Género

2.1. Etimología y nomenclatura

La voz género, proviene del latín *genus*, *-eris*, "clase" tiene numerosos significados en castellano. Los símbolos de género, usados para denotar organismos femeninos y masculinos, derivado de los símbolos astrológicos de Marte y Venus.

Llamamos género a lo que parece diferenciar la identidad femenino de masculino; así como las múltiples características que conllevan: comportamiento, actitud, consideración social, etc.

En las ciencias políticas y sociales, hay autores que en el siglo XX diferencian entre sexo y género; asignando lo primero a una realidad biológica y lo segundo a una creación social. El siglo XXI comienza con la inserción de los estudios de género en las líneas de investigación de las universidades americanas y europeas. Algunas publicaciones de principios de siglo XXI, parecen afirmar que el género en sí no existe; y el feminismo, se pregunta hasta qué punto las conductas que diferencian a los hombres y mujeres son biológicas o sociales. Las marcadas diferencias de género quedan vinculadas así al machismo, propio de sistemas y civilizaciones que, aunque respetables, más subdesarrolladas.

2.2. Antecedentes

Las organizaciones laborales y sindicales se han visto enfrentadas en los últimos años a una serie de dificultades relacionadas a los profundos cambios que vienen ocurriendo en el mundo del trabajo. Los procesos de ajuste y reestructuración productiva, así como las transformaciones en los patrones de estructuración del Estado y en las relaciones de este con la economía y la sociedad, han tenido fuertes impactos en las formas de regulación de las relaciones entre los actores sociales y, en particular, en las normas e instituciones básicas del mundo del trabajo. Los procesos de flexibilización

han disminuido la normativa protectora y provocado, en muchos casos, un debilitamiento del movimiento laboral y sindical de los sistemas y procesos de negociación colectiva.

Varios factores contribuyen a la reducción de la proporción de asalariados en el conjunto de la fuerza de trabajo, y, consecuentemente, de la base tradicional de los sindicatos. Entre estos factores se destacan el aumento de los niveles de desempleo, los cambios en la composición del empleo y los procesos de externalización y subcontratación, que subdividen y fragmentan los antiguos colectivos de trabajadores, expulsando importantes contingentes de estos para fuera de los ámbitos de la negociación y la contratación colectiva. A eso se suman los procesos de relocalización productiva, o sea, la tendencia de muchas empresas a abandonar los centros industriales más antiguos y consolidados.

Todo eso pone a los sindicatos frente a nuevos y complejos desafíos. Uno de ellos se refiere a la creciente incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, a pesar de los cambios cualitativos en los patrones de participación laboral femenina, y de la disminución de algunas de las brechas entre mujeres y hombres observadas en la presente década en el mercado de trabajo, las mujeres siguen estando sobrerrepresentadas en formas de trabajo precario y desregulado, que se encuentran, con frecuencia, fuera del ámbito de la legislación laboral, la representación sindical o la negociación colectiva.¹²

Esa diversidad de situaciones pone a los sindicatos frente al desafío de desarrollar la capacidad de representar y organizar colectivamente un conjunto de trabajadores y trabajadoras que, bajo muchos aspectos, es mucho más heterogéneo, y que se aleja cada vez más del modelo dominante de trabajador al cual su actuación estuvo predominantemente dirigida: el trabajador de sexo masculino, industrial, blanco, adulto. Crecientemente se reconoce que esa heterogeneidad se refiere no solamente a la diversidad de situaciones de trabajo, relaciones laborales y contractuales en las cuales

¹² Revista del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. **Revista de trabajo**. Pág.39.

se encuentran distintos sectores de la clase trabajadora, sino también a otros factores, entre los cuales se destaca el sexo, la edad, la raza o etnia.

Por otro lado, la creciente incorporación de las mujeres al mundo del trabajo abre también nuevas potencialidades para el movimiento sindical. El aumento de su presencia puede contribuir a visibilizar una serie de formas de inserción laboral y de problemas que afectan a los trabajadores de ambos sexos. Entre ellos los relativos a las insuficiencias de los nuevos modelos productivos en términos de generación de nuevos puestos de trabajo y a diversos aspectos relativos a la calidad del empleo. Como se ha evidenciado en varios estudios realizados en América Latina, la consideración de la presencia femenina en los diversos niveles de las cadenas de subcontratación que se definen y redefinen a partir de las estrategias de competitividad de muchas empresas dinámicas y vinculadas al sector exportador evidencia, entre otros aspectos, el carácter limitado y poco sistémico de muchas de esas estrategias, la manera desigual como se distribuyen las calificaciones a lo largo de las cadenas productivas y de los territorios en los cuales ellas se asientan, la insuficiencia de políticas de capacitación y productividad que se dirigen solamente a las empresas más modernas y competitivas ubicadas en la en los primeros lugares de las cadenas, las nuevas formas de articulación entre el empleo formal y el empleo informal.

Otro tema que pasa a ser visibilizado a partir de la creciente participación de las mujeres en el mercado de trabajo es el de los conflictos entre la vida laboral y las responsabilidades familiares y el poco espacio dejado para esa última por un modelo de organización productiva basado con frecuencia en largas jornadas y en la intensificación del trabajo. Inicialmente pensado como un problema específico de las mujeres, se empieza a avanzar hacia la comprensión de que la armonización entre esas dos dimensiones fundamentales de la vida es una necesidad y un derecho de los trabajadores de ambos sexos, así como de sus familias.

Esos son solamente algunos de los ejemplos de las potencialidades que puede significar para las organizaciones laborales y sindicatos la presencia creciente de las mujeres en el mundo del trabajo, desde que estos tengan la capacidad de dar

respuesta a esa creciente heterogeneidad, recogiendo e integrando en una estrategia común de acción la diversidad de problemas e intereses de distintos sectores de la clase trabajadora.

Sin embargo, hasta ahora, en América Latina, las nuevas situaciones, problemas y desafíos creados por la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo no han sido recogidos en toda su magnitud por el movimiento sindical. Muchas demandas de género han quedado sin representación, sea en las agendas de las organizaciones laborales o sindicales, sea en los procesos de negociación colectiva. Con frecuencia, las trabajadoras están subrepresentadas en la dirigencia sindical, incluso en empresas y ramas productivas en las cuales responden por un porcentaje significativo, cuando no mayoritario, de la fuerza de trabajo. En muchos casos se observa la falta de receptividad de los sindicatos para modificar una cultura esencialmente masculina, que no reconoce rango sindical a muchos problemas propios del género y a veces resiste a la incorporación de mujeres en los niveles directivos. Por otro lado, las dificultades de tiempo de las propias trabajadoras, que tienen que combinar sus responsabilidades laborales y familiares, son barreras adicionales a la participación femenina en la vida laboral y sindical.

Aunque se han experimentado avances significativos en la movilización de las mujeres sindicalistas y se observa una creciente preocupación de las dirigencias sindicales por la situación de las trabajadoras, falta desarrollar estrategias y mecanismos organizativos efectivos tendientes a incorporar la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres como una línea estratégica y permanente de la política laboral y sindical.

Para superar estos obstáculos, las grandes empresas y centrales sindicales mundiales han subrayado que la igualdad e integración de la mujer en los organismos, empresas y agendas sindicales es de primordial importancia. En los últimos cinco años, en varios países de América Latina, las dirigentas sindicales han desplegado serios esfuerzos para aumentar su peso en las estructuras sindicales.

En Brasil, las Comisiones de la mujer de las tres principales centrales sindicales lograron establecer cuotas mínimas para mujeres en todos sus niveles de dirección. En el resto de los países existe un esfuerzo de fortalecimiento de las Comisiones, Departamentos o Secretarías de la mujer, a través de diversas estrategias destinadas a incorporar las demandas de género en las pautas sindicales y a promover el liderazgo sindical de la mujer.

2.3. Nociones generales

2.3.1. Concepto

Es el conjunto de características psicológicas, sociales y culturales, socialmente asignadas a las personas. Estas características son históricas, se van transformando con y en el tiempo y, por tanto, son modificables. El conjunto de arreglos a partir de los cuales una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana es lo que fundamenta el sistema sexo-género. Género no es sinónimo de mujer. En síntesis, es el conjunto de maneras de ser hombre o mujer, aceptadas a través del tiempo y en diferentes sociedades.

2.3.2. Características

Los roles establecidos para hombres y mujeres construidos por la sociedad, han sido fortalecidos en la familia, en la escuela, en la iglesia, en el trabajo y otros espacios, son transmitidos de generación en generación y se han ido consolidando hasta aceptarlos como algo natural. Es por ello que la perspectiva de género nos brinda una forma de aproximación a la problemática dada por las siguientes características: Es un instrumento para acercarse a mirar la realidad, poniendo en cuestión las relaciones de poder que se establecen entre varones y mujeres y en las relaciones sociales en general. Es un marco conceptual, una metodología de interpretación y un instrumento crítico de análisis que orienta las decisiones, amplía y cambia la mirada, permite reconstruir conceptos, analizar actitudes para identificar los sesgos y los

condicionamientos de género y encarar, luego, mediante el diálogo, su revisión y modificación.

2.3.3. Indicadores sociales

Los indicadores sociales demuestran las disparidades con respecto al bienestar entre los indígenas y los ladinos (no indígenas) de Guatemala. Aunque Guatemala cuenta con la economía más importante de América Central, los guatemaltecos se encuentran entre los más pobres de América Latina. Según el Banco Mundial, Guatemala tiene el tercer nivel más alto de desigualdad en los ingresos dentro de los países de bajos a medios ingresos (Brasil y Pakistán son el primero y el segundo en esta categoría): la quinta parte más pobre de la población solo percibe el 1.9 por ciento de los ingresos totales.¹³ El 57 por ciento de los guatemaltecos viven en la pobreza, y 27 por ciento en condiciones de pobreza extrema. Los indígenas guatemaltecos son los más pobres de los pobres. Algo más del 74 por ciento de los indígenas de Guatemala son pobres, en comparación con el 41 por ciento de los ladinos. Un total alarmante del 39 por ciento de las personas indígenas vive en la pobreza extrema, mientras que esa cifra es del 15 por ciento para los ladinos.

Las mujeres mayas están especialmente desfavorecidas. Solo el 48 por ciento de las mujeres mayas pueden leer y escribir en español, mientras que esta cifra es del 76 por ciento para las mujeres ladinas. En contraste, el 67 por ciento de los hombres indígenas y el 81 por ciento de los ladinos pueden leer y escribir. Guatemala tiene la segunda tasa más baja de alfabetización femenina de América Latina, por delante de Haití, y la peor proporción entre hombres y mujeres de la región con respecto a la alfabetización. Los indicadores de la salud son igualmente terribles. Mientras que la tasa de fecundidad general es de cinco hijos por mujer-la tasa más alta de América Latina-las mujeres mayas tienen un promedio de 6.2 hijos. La mortalidad materna en Guatemala es de 190 por cada 100,000 nacimientos con vida, una de las más altas de la región. La tasa general de mortalidad para menores de cinco años es de 65 por cada 1,000 nacimientos con vida, pero existe una disparidad étnica importante. Entre los niños

¹³ Bravo, Rosa. **Pobreza y desigualdad de género**. Pág. 229.

indígenas, esta tasa es de 79 por cada 1,000 nacimientos con vida, mientras que para los ladinos esta cifra es de 56 por cada 1,000 nacimientos con vida.¹⁴

2.3.4. Situación social

Modalidades históricas de discriminación han hecho que las mujeres guatemaltecas se vean excluidas del pleno goce de los beneficios del desarrollo nacional, así como de una participación plena en los correspondientes espacios de adopción de decisiones. Las mujeres siguen estando subrepresentadas y tropiezan con serias limitaciones para ejercer sus derechos en las esferas económica y laboral. Son desproporcionadamente más pobres que los hombres guatemaltecos, tienen menos acceso a la educación y a la asistencia sanitaria, padeciendo altos niveles de mortalidad materna y desnutrición. Las mujeres indígenas y las mujeres atrapadas en situaciones de extrema pobreza suelen sufrir múltiples modalidades de discriminación y exclusión social como las referidas. En tanto que el índice de desarrollo humano de la población en conjunto es de 0.54, el de las mujeres es tres veces menor (0.17). Como lo reflejan los acuerdos de paz, la discriminación y exclusión que siguen experimentando las mujeres afecta no sólo a sus derechos, sino también al desarrollo integral de la sociedad guatemalteca en conjunto. En este sentido, la situación de discriminación que enfrentan las mujeres en Guatemala dificulta el adecuado desarrollo del proceso de democratización y la consolidación del Estado de Derecho en ese país.

El Estado guatemalteco ha dado el primer paso indispensable de asumir compromisos internacionales y nacionales importantes para respetar y garantizar los derechos de la mujer. El desafío prioritario que enfrenta Guatemala consiste en cerrar la profunda brecha entre los compromisos que ha asumido y la discriminación que las mujeres siguen experimentando en su vida diaria. En especial, para garantizar los derechos fundamentales de la mujer debe prestarse urgente atención a la reforma jurídica y a un mejor acceso a la justicia, y es preciso adoptar medidas eficaces que reflejen, en la práctica, los compromisos adoptados por el Estado. Entre las medidas que se

¹⁴ **Ibid.** Pág. 233

requieren figuran la incorporación de la perspectiva de género en todos los aspectos de las políticas y la adopción de decisiones por parte del Estado, la asignación de recursos suficientes para que ello sea posible, una mayor coordinación de la adopción de políticas con respecto a los derechos de la mujer, y la determinación de responsabilidades cuando los agentes estatales no cumplen las obligaciones del Estado en materia de igualdad y no discriminación.

En virtud de la apertura a nuevos espacios políticos suscitada por la conclusión del conflicto armado y por la firma del acuerdo de Paz Firme y Duradera, las mujeres han logrado participar en la definición de los objetivos nacionales. En especial, han orientado avances en la preparación del marco jurídico e institucional encaminado a superar formas históricas de discriminación basada en el género. Tomando como base los compromisos asumidos en el marco de los acuerdos de paz, y trabajando con la sociedad civil, el Estado ha adoptado varias iniciativas, como la Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer, la Ley Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar, la Ley de Desarrollo Social, la Política Nacional de Promoción y Desarrollo de las Mujeres y el Plan de Equidad de Oportunidades. Además, el Estado ha extendido los mecanismos institucionales de promoción y protección de los derechos de la mujer con la creación de entidades tales como la Defensoría de la Mujer Indígena, el Foro de la Mujer, la Secretaría Presidencial de la Mujer y la Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar (CONAPREVI).

En las observaciones al presente informe el Estado que en el marco de los avances en relación con la mujer debe mencionarse la ejecución de la Política Nacional de Promoción y Desarrollo de las Mujeres Guatemaltecas y Plan de Equidad de oportunidades 2001–2006, mediante la cual bajo objetivos muy concretos las instituciones del Estado han desarrollado importantes acciones. Entre estas, el Gobierno guatemalteco destacó la integración del clasificador de género en el presupuesto de instituciones gubernamentales que da visibilidad al presupuesto otorgado a favor de las mujeres. Esta acción tendrá a futuro un fuerte impacto y repercusión en cuanto al avance y promoción de la mujer en el entorno nacional.

Asimismo, en términos generales, el Estado indicó que se ha reportado un importante avance en el año 2003 en distintos ámbitos, particularmente en lo económico y social, y en espacios de coordinación, diálogo y participación, sobre los cuales la CIDH no ha recibido información específica.

Durante la vista la Comisión pudo verificar que subsiste un enorme contraste entre los compromisos positivos asumidos por el Estado y las escasas medidas adoptadas para aplicarlos en la práctica. Las mujeres guatemaltecas enfrentan graves dificultades para ejercer sus derechos fundamentales y siguen sufriendo discriminación tanto en la ley como en la práctica. Por ejemplo, no obstante la adopción de determinados adelantos legales, subsisten considerables disposiciones legales anacrónicas que discriminan sobre la base del género. Si la ley misma encierra distinciones injustificadas basadas en el género, lejos de garantizar el principio de la igualdad, perpetúa la subordinación. La violencia contra la mujer sigue siendo uno de los principales problemas de derechos humanos y seguridad humana, pero las mujeres que han estado sujetas a esa violencia o a la amenaza de la misma siguen tropezando con múltiples barreras cuando procuran obtener protección y garantías judiciales.

CAPÍTULO III

3. El salario

3.1. Etimología y nomenclatura

La voz salario, denominación tradicional, aunque algo en crisis, por el auge de sueldo, del pago o remuneración que el trabajador recibe por sus servicios proviene del latín “*salarium*” a su vez derivado de sal, porque era costumbre antigua dar a los domésticos en pago una cantidad fija de sal.

Aun cuando habitualmente se utiliza la voz salario para designar la retribución que el trabajador percibe por su trabajo, se usan también, con variable frecuencia, otros varios términos. Los cuales describiremos a continuación, haber, dietas, sobresueldo, sobrepagas, semana, quincena, mensualidad, mesada, aniaga, acostamiento, comisión, situado, situación, anata, quitación, sabido, alafa, vendaje, hachuras, regalía, travasía, obvención, subvención, viático, ayuda de costa, asesoría, corretaje, gajes, percance, provecho, merced y mayoralía.

No obstante mayor o menor sinonimia de los vocablos precedentes con el salario, coinciden más por el contenido estos otros: sueldo, soldada, estipendio, emolumentos, derechos, honorarios, jornal, remuneración, paga, haberes y gratificaciones. La distinción de los principales la hace Ossorio, diciendo que sueldo es la cantidad que el Estado paga a sus empleados y viene del antiguo francés “*soulde*”, hoy sou, de donde se derivan la palabra soldado y soldada”. Esta última voz parece tener su origen en “sueldo, antigua moneda, igual a la vigésima parte de una libra, y que solía pagarse a los “soldados”, hombre de armas que integran la hueste medieval del rey o de un señor. Estipendio es la cantidad estipulada de antemano por un trabajo cualquiera; deriva de stare y de pondus, estar o atenerse al peso o a la cantidad convenida para el pago. Emolumento es lo que aumenta nuestro haber y lo que hace crecer nuestros bienes, y expresa la idea de sobresueldo o gaje, como término opuesto a menoscabo o

detrimento. Derechos son pagas especiales determinadas por arancel, por disposiciones legales en vigencia. Honorarios es como el salario distinguido, honroso, que se da a los profesionales académicos por sus trabajos particulares.

Se ha intentado distinguir entre remuneración y salario. Con el primer vocablo se designa entonces todo cuanto el empleado percibe por el ejercicio de su trabajo, provenga del empresario o de otra persona; como ocurre, por ejemplo, con las propinas recibidas de interceso. El término salario se reserva, dentro de tal criterio, para la retribución que abona directamente el empresario. Tal oposición técnica no se encuentra realmente justificada; ya que la propina, según ha de verse, integra en ciertos casos el salario.

Dentro de la terminología de las retribuciones laborales, barajadas por los distintos autores, quizás el criterio más práctico y lógico sea adoptar la voz de salario para denominar lo que el trabajador percibe por su trabajo; reservar el término de jornal para la remuneración que se conviene por día; y designar como sueldo la retribución abonada por períodos de una semana al menos, y más por meses completos y vencidos.

3.2. Antecedentes

Salvo la cooperación familiar, los servicios de buena voluntad, las prestaciones que integran modalidades de contribución y las formas más o menos directas del trabajo obligatorio, toda actividad laboral es y ha sido remunerada. No equivale esto a decir que siempre e íntegramente se ha pagado en dinero el trabajo. Durante siglos, los esclavos eran remunerados con vivienda y comida.

Los primeros preceptos positivos que se citan sobre el salario se encuentran en el Código de Hammurabí, unos dos mil años anteriores a la era cristiana, en donde aparecen ya fijados salarios mínimos para jornaleros, tejedores, carpinteros, albañiles y otros oficios. Entregado de modo más o menos completo al albedrío de las partes, lo

cual equivalía al predominio abrumador del patrono, el sistema del salario consta desde los más antiguos tiempos de Grecia y Roma.

En la edad media y dentro del derecho hispánico, en los Fueros de Aragón, en el título “de mercenarios”, de su libro IV, se establece que “el sirviente mercenario que no compensa el servicio, pida el salario al dueño; si éste niega que le debe tanto o cuanto pide, jurando el criado sobre el libro de la cruz la cantidad que queda del salario, el amo le paga el salario restante que pidió”.

A fines del siglo XV, durante el reinado de Isabel la Católica, se dictó el Estatuto del Artífice, que fue la ley orgánica del trabajo para éstos durante los siglos XVI y XVII; por dicho estatuto se establecía que en cada localidad serían fijados los salarios corrientes por los jueces de paz, anualmente y previa audiencia de los interesados, teniendo en cuenta la necesidad de los trabajadores de las industrias.

En la edad media moderna, la nueva recopilación y disposiciones complementarias contienen numerosas reglas sobre fijación de salarios, con sensible reducción para el de las mujeres, fijando con frecuencia en la mitad; pero con disposición de expedito pago, para el jornalero, que solía ser la noche del mismo día en que trabajaba. Coetáneamente, según el expuesto al tratar del régimen de salarios en América, las leyes de indias incluían diversos preceptos para la regulación equitativa y pronto pago del salario de los indígenas.

La libertad o anarquía en materia salarial constituyó la práctica generalizada que preconizaron los fisiócratas y puso por obra la revolución industrial. La etapa final en la materia se inicia con el intervencionismo estatal y se prolonga a través de las negociaciones más o menos equitativas que resultan de las convenciones colectivas de condiciones de trabajo. Ni aquéllo ni ésto se opone a mayor salario por acuerdo obrero-patronal.

3.3. Naturaleza jurídica

El salario se considera principalmente como el equivalente del trabajo para el trabajador; y compensador de la producción, del servicio recibido o actividad desarrollada en cuanto al patrono o empresario que lo abona. Ahora bien, no cabe decir que el salario es el precio del trabajo sin equiparar el contrato de trabajo con el de compraventa. El de trabajo es un contrato a título oneroso, y además sinalagmático; ya que ambas partes aspiran a obtener una ventaja, y las dos se encuentran recíprocamente obligadas. El abono del salario es, por añadidura, la obligación fundamental que contrae el patrono: la de retribuirle al trabajador la prestación de servicios que éste realiza en beneficio de aquél. Si, desde cierto punto de vista, el salario es la remuneración que recibe el trabajador, desde otro ángulo jurídico no significa más que la contraprestación del empresario respecto al trabajador por causa del contrato de trabajo.

En la oposición o relación trabajo-salario se descubren los elementos de equivalencia dentro del contrato laboral, causa y efecto respectivos el uno del otro; pues si el salario, desde el punto de vista económico, puede constituir el medio de subsistencia del trabajador, en el aspecto jurídico no es más que la contraprestación que corresponde al empresario, por razón de la actividad puesta a su disposición por el trabajador. El empresario o patrono debe el salario pactado o establecido con el trabajador cuando este haya cumplido con la condición impuesta por el contrato, en el sentido de poner a disposición del empresario, aunque éste no utilice, su actividad laboral; no habiendo prestación de servicios, no poniéndose el trabajador a disposición del empresario para que éste se valga de su actividad laboral, no hay obligación de abonar salario; pues no hay actividad laboral, no hay obligación de abonar salario; pues no hay actividad que retribuir.

Por consiguiente, la causa obligación al del salario está en la contraprestación efectiva o potencial de los servicios del trabajador. Pero el móvil u origen último del salario,

como el de la oferta del trabajador, posee un carácter alimentario y vital; dado que se trabaja para subsistir o para mejorar, en el presente o en lo futuro, el nivel de vida.

3.4. Definición

Es la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que puede conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa.¹⁵

3.5. Principios del salario

Los principios del salario son básicos para su tipicidad y ante todo, para su invulnerabilidad dentro del complejo desarrollo y vivencia de la relación de trabajo. Estos son los siguientes.

3.5.1. De igualdad

Este principio ha tenido siempre rango constitucional, de tal cuenta el Artículo 102 literal “C”, de la actual constitución política de la república: y el segundo párrafo del Artículo 89 del Código de Trabajo, establece: “A trabajo igual. Desempeñado en puesto y condiciones de eficiencia y antigüedad dentro de la misma empresa, también iguales, corresponderá salario igual, el que debe comprender los pagos que se hagan al trabajador a cambio de su labor ordinaria, como bien señala el licenciado Najarro Ponce, lo que se hizo en la Constitución fue generalizar el trato igual para el pago de cualquier salario, y no solo el devengado en jornada ordinaria, como estipula el Artículo del Código de Trabajo.”¹⁶

Continua señalando el autor que es necesario hacer hincapié que este principio sobrepasa las legislaciones nacionales para tomar un ámbito de validez mundial, al

¹⁵ De la Cueva, Mario. **Nuevo derecho del trabajo**. Pág. 229.

¹⁶ Najarro Ponce, Oscar. **Los principios del derecho del salario**. Pág. 72.

estar calcado como uno de los derechos humanos contemplados en el inciso, 2, del Artículo 23 de la declaración universal de derechos humanos que dice: toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna. A igual salario por trabajo igual.¹⁷

Según Krotoschin “la fundamentación jurídica de la obligación de igualdad de trato se encuentra en principios generales de igualdad. En el deber de previsión del empleador o en una cláusula tácita del contrato. Sosteniendo que el carácter comunitario y funcional del contrato de trabajo. Que hace a la vida de la empresa, impone y exige el trato igual.”¹⁸

3.5.2. De eficiencia

Este principio significa que el salario sea apto para llenar todas las necesidades del trabajador y de su familia. “Por eso afirma Krotoschin, que: “El concepto tiene firmeza en la doctrina del salario justo y por eso no es posible negarle calidad de jurídica a esa idea. En efecto el autor sostiene que la idea de suficiencia es político social y no jurídica, no cabe invocar un derecho a un salario suficiente, si no a retribución que se corresponde con el servicio que se presta. Por otro lado el criterio de eficiencia es, igualmente un criterio económico-sociológico, cuya relimitación ha de hacerse teniendo en cuenta factores o elementos extraños a la relación de trabajo y a los vínculos que la determinan.”¹⁹

Cabanellas, Alude al conjunto de problemas que conllevan la determinación de la suficiencia del salario y se pregunta: “que nivel de vida ha de permitir el salario para ser calificado de suficiente y se responde: una suficiencia mínima nos llevaría casi a la ley del bronce: una consideración mas espiritual ha exigido unos ciertos niveles superiores a la simple subsistencia y en tal consideración se ha evolucionado ampliamente, al menos en el terreno ideológico y en ciertas partes es el real.”²⁰

¹⁷ **Ibid.**

¹⁸ Krotoschin, Ernesto. **Tendencias actuales del derecho del trabajo.** Pág. 77.

¹⁹ **Ibid.**

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Tratado de derecho del trabajo.** Pág.456.

Continúa manifestando el autor y señala que: “el salario suficiente busca su propia existencia y sus propias posibilidades de realización a través del concepto de salario mínimo o mejor del salario mínimo obligatorio, términos por los que entendemos que una voluntad independiente y superior impone. Hasta el punto de que las estipulaciones contrarias que fijarán un salario inferior se tendrán por no puestas y quedan sustituidas por las cifras salariales impuestas obligatoriamente como mínimas.”²¹

Cabanellas finaliza diciendo que “una de las causas de dicha intervención para la fijación de salarios mínimos, buscando su mayor poder de disolución de bienes y servicios para el laborante, esta en que el salario es el medio fundamental de existencia de la mayoría de la población en casi todos los países. Por lo que el problema de una breve insuficiencia es un problema nacional, básico para la normalidad económica, para la seguridad y para la paz de la sociedad.”²²

3.5.3. Alimenticio

Con relación a este principio Krotoschin puntualiza: reconoce una raíz que se pierde en los tiempos, como lo hemos demostrado con las citas de las sagradas escrituras.²³

Por eso considero que algunos tratadistas han señalado que el carácter alimenticio del salario, es tal vez su más incisivo brazo con base en las demás retribuciones propias de los denominados contratos de actividad. Con base a lo anterior el licenciado Najarro Ponce, señala que “fácilmente explicable por este motivo la protección que la ley le concede frente al patrono y frente a terceros, pues con el salario el dependiente adquiere su propio sustento y el de su familia que generalmente es el único medio para su subsistencia.”²⁴

²¹ **Ibid.**

²² **Ibid.** Pág. 458.

²³ Krotoschin, **Ob. Cit.** Pág. 81.

²⁴ Najarro Ponce, **Ob. Cit.** Pág. 78

El carácter de obligación alimenticia que le reconoció el maestro Galin, lo indicó al señalar que el salario era “un sustento vital tutelado por el estado.”²⁵ Doctrina seguida por Cabanellas, quien afirma que “el salario es desde luego, una obligación que el contrato de trabajo pone a cargo del empleador, pero debe entenderse que es una obligación alimenticia por el destino del salario y por el régimen jurídico a que está sometido, semejante en general, al que están sujetas las pensiones alimenticias”.²⁶

El Código de Trabajo guatemalteco, preceptúa en su Artículo 101 los créditos por salarios no pagados o las indemnizaciones en dinero a que los trabajadores tengan derecho en concepto de terminación de sus contratos de trabajo, gozan en virtud de su carácter alimenticio de los siguientes privilegios, una vez que unos u otras hayan sido reconocidos por los tribunales de trabajo y prevención social: Pueden ser cobrados por la vía especial.

Que prevé el Artículo 426; literal “b”. Tienen carácter de créditos de primera clase en el caso de juicios universales y dentro de estos, gozan de preferencia absoluta sobre cualesquiera otros, excepto los que se originan de acuerdo con los términos y condiciones del Código Civil sobre acreedores de primera clase, en gastos judiciales comunes, gastos de conservación y administración de los bienes cursados, gastos de entierro del deudor y gastos indispensables de reparación o construcción de bienes inmuebles. Los privilegios a que se refiere el presente Artículo solo comprenden un importe de esos créditos o indemnizaciones equivalentes a seis meses de salario o menos. (Artículo. 101 del Código de Trabajo). La norma anteriormente descrita, permite observar con toda precisión la protección que se da al salario. Precisamente por su carácter alimenticio, dicha protección también se recoge en el Artículo 392 del Código Procesal Civil y Mercantil.

²⁵ Galin, Pedro. **El origen del salario**. Pág. 230.

²⁶ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 768.

3.5.4. De inmutabilidad

Según Najarro Ponce “este principio denota que el salario, como elemento esencial del contrato de trabajo, no debe cambiar, tanto en su forma nominal en su forma real.”²⁷ En relación con este principio Najarro Ponce, admite: “que el enfoque jurídico legal de este problema ha llevado a idear mecanismos que permiten mantener inalterable, no solo el salario nominal, lo que resulta obvio por su referencia objetiva al contenido del contrato, sino para evitar que por razones provenientes del sistema económico por principios ajenos a la voluntad de las partes de la relación de trabajo, se produzca una modificación del salario real en perjuicio del trabajador.”²⁸

Como bien lo señala Najarro Ponce. “este fundamento del salario tiene su razón en la dependencia económica del trabajador y lógicamente va enlazado directamente con el principio citado anteriormente, el de índole alimenticio, porque ve directamente con el poder adquisitivo del salario, ingreso del trabajador, y además con seguridad.”²⁹

Es uno de los principio mas esenciales del derecho salarial y también de los mas complejos, porque mantener la equiparación de los salarios con el índice de precios del mercado, es mas que todo un dilema económico, sin embargo, es necesario un régimen normativo para buscar hasta donde sea posible un equilibrio entre el ingreso salarial y los precios del mercado; Este es el caso de la inflación.

- **Para mantener la inmutabilidad del salario se han propuesto tres métodos principales:**
 - Automaticidad de la variación;
 - Aumentos periódicos obligatorios que busquen mantener al valor real del salario;
 - y,
 - Libertad a las partes para que lo ajusten.

²⁷ Najarro Ponce, **Ob. Cit.** Pág. 78.

²⁸ **Ibid.**

²⁹ **Ibid.** Pág. 83.

Al primer método se le ha llamado de la escala móvil o también indexación. Consiste en una adecuación matemática del monto del salario a las variaciones: se hacen los ajustes salariales en períodos fijos, ya sea mensualmente, trimestralmente, cada seis meses o anualmente: o se descartan estos períodos fijos y se atiende al ajuste cada vez que sea notorio el alza de los precios; varía también el sistema cuando en algunos países se establece el sistema de determinar la adecuación del salario se haga solo en parte del salario, un porcentaje o en su totalidad. Lo característico de todos los modelos es que el ajuste se hace automáticamente, al darse los hechos previstos o se llegue al término fijado por la ley.

3.5.5. De intangibilidad

Señala Najarro Ponce, “que es el principio que generaliza la calidad de intocable del salario, salvo expresas expresiones fijadas por la misma ley.”³⁰ El patrono no puede hacer liquidaciones en la fecha de pago y entregarle al trabajador únicamente parte de lo devengado por la tarea o el periodo de labores realizado. Las legislaciones modernas, como la de argentina, mexicana y la española son cuidadosas en garantizar este principio en forma expresa; la nuestra solo en el Artículo 100 del Código de Trabajo es clara al preceptuar que “los salarios que no excedan de cien quetzales al mes no pueden cederse, venderse, comprarse ni gravarse a favor de personas distintas de la esposa o concubina y familiares del trabajador que vivan y dependan económicamente de el sino en la proporción en que sean embargables.

3.5.6. De justicia

En relación a este principio, Galin, señala que: “el salario justo es perfectamente configurable como en derecho del hombre, e incluso en países carentes de un pacto constitución específico. Viene casi a tener el valor de un derecho constitucionalmente reconocido, en cierta medida se le configura un rango práctico considerable, tanto por los sindicatos como por los tribunales. En los Estados Unidos, llamados fair wages o

³⁰ **Ibid.** Pág. 89.

reasonable wages, constituyen fiel trasunto de la doctrina que en otros países y desde luego en el derecho constitucional comparado. Implica la noción de salario justo.³¹

También en relación al principio de justicia de la Cueva, hace una síntesis señalando; sin embargo, que en la doctrina católica los pontífices han declarado que, “dos criterios deben ser claramente dejados de lado por ser insuficientes para asegurar la justicia del salario y son los que expresamente han sido mencionados por León XIII y Juan XXIII en sus respectivas encíclicas. Y esos criterios descalificados son el del libre consentimiento de trabajador y empleador, o el de la ley del mercado, y la arbitrariedad de los poderosos, sea el Estado, los empresarios, el sector financiero, etc.”³²

Finalmente Cabanellas, expresa que: “señalar la necesidad de no confundir la idea del justo salario con la idea del salario mínimo. En tanto que el salario justo constituye la expresión de una aspiración basada en razones de justicia, el mínimo salario deriva de la necesidad de fijar o estabilizar una retribución por bajo de la cual no cabe subsistir.”³³

3.6. Formas de pactar el salario

3.6.1. En moneda de curso legal

Esta forma de pago del salario es que obliga a empleador a tener que hacer efectivo el pago de la retribución exclusivamente en dinero, pues a eso se refiere el término “moneda de curso legal”, entendiéndose que el pago debe hacerse en la moneda cuya circulación sea legal de acuerdo a las leyes monetarias del país. Para el caso de Guatemala, la legislación actual establece que son monedas de curso legal, tanto el quetzal, como unidad monetaria nacional, como el dólar de los Estados Unidos de América, por lo tanto debe inferirse que los patronos están autorizados por la ley para hacer efectivo el pago del salario a sus trabajadores, ya sea en quetzales o en dólares. Adicionalmente, esta forma de pago del salario se constituye en la regla general y es

³¹ Galin, **Ob. Cit.** Pág. 235.

³² De la Cueva, **Ob. Cit.** Pág. 89.

³³ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág.456

aplicable en todas las actividades laborales de la ciudad y no agrícolas, en donde existe la prohibición de pagar el salario en mercancía, vales, cupones, fichas o cualquier otro signo representativo con el que se pretenda sustituir la moneda.

3.6.2. En especie

En esta forma de pago del salario, se permite la sustitución parcial y porcentual del pago en dinero o moneda de curso legal, hasta en un treinta por ciento de su importe total. Especial mención merece el señalar que esta forma de pago del salario constituye la excepción a la regla, y solo se autoriza exclusivamente para el trabajo agrícola y ganadero, que constituyen las únicas actividades laborales, en donde el empleador esta autorizado por ley a hacer efectivo el pago del salario del trabajador hasta en un treinta por ciento en especie, aunque debe entenderse que el que la ley autorice el pago de aquel porcentaje en especie, en ningún caso, faculta al empleador a entregar al trabajador Artículos que no sea de utilidad alguna para el mismo, sino únicamente alimentos y objetos destinado al consumo personal del trabajador o de su familia cuyo costo sea el menor, es decir que también se prohíbe que el patrono obtenga utilidad o lucro del pago del salario en especie.

Finalmente, en esta forma de pago del salario el Código de Trabajo establece la posibilidad de pacto en contrario, en relación al porcentaje con el que se pueda pactar el mismo, debiéndose inferir que el pacto en contrario preceptuado en la ley, no implica que el porcentaje del pago del salario en especie establecido en la ley, pueda ampliarse, sino en consonancia con el principio de irrenunciabilidad y el de garantías mínimas que ilustran al derecho del trabajo, pueda reducirse en un porcentaje menor al previsto en la ley.

3.6.3. Por unidad de tiempo

En esta clase de salario, el cálculo de la remuneración para efectos del pago, se hace con base en el tiempo de trabajo efectivo es decir, al tiempo que el trabajador

permanece a disposición del empleador, por esa razón esta clase de salario puede pagarse, por mes, por quincena, por día u hora.

3.6.4. Por unidad de obra

En esta clase de salario, el cálculo de la remuneración para efectos del pago, se hace en base al rendimiento del trabajador, es decir que mientras el trabajador más produce, más retribución puede obtener, sin importar el tiempo que permanezca a disposición del patrono. Esta clase de salario a su vez se subclasifica en: a) pago del salario a destajo, b) a precio alzado, y c) por pieza o por tarea.

3.6.5. Por participación en las utilidades, ventajas o cobros que haga el patrono

En esta clase de salario, el cálculo de la remuneración se hace por encima de la retribución que en concepto de salario mínimo debe pactarse en el contrato individual de trabajo, pues no puede asumirse que la retribución va a depender únicamente de las utilidades que obtenga el empleador, porque podría darse el caso de que se prestaran periodos de tiempo en donde no hubieran ingresos, y por consiguiente el empleador podría negarse a pagar el salario del trabajador aduciendo que no ha habido utilidades por ventas o cobros. Puede advertirse que en esta clase de salario, la retribución puede fluctuar, pero por arriba del salario mínimo que las partes obligadamente deben pactar.

3.7. Medidas de protección del salario

Las medidas protectoras del salario son las que tienen como propósito, resguardar la retribución que el trabajador obtiene a cambio de la prestación de sus servicios, de los acreedores del patrono, de sus propios acreedores y de los abusos del patrono.

- **Las medidas protectoras del salario, contenidas en la legislación laboral son las siguientes**

3.7.1. El pago del salario, debe hacerse en moneda de curso legal

Esta prohibido pagar el salario, total o parcialmente en mercadería, vales, fichas, cupones o cualquier otro signo representativo con que se pretenda sustituir la moneda. Las sanciones legales se deben aplicar en su maximun cuando las órdenes de pago sólo sean canjeables por mercaderías en determinados establecimientos. Es entendido que la prohibición que precede no comprende la entrega de vales, fichas, u otro medio análogo de cómputo del salario, siempre que al vencimiento de cada periodo de pago el patrono cambie el equivalente exacto de unos u otras en moneda de curso legal.

No obstante las disposiciones anteriores, los trabajadores campesinos que labores en explotaciones agrícolas o ganaderas pueden percibir el pago de su salario, hasta en un treinta por ciento del importe total de éste como maximun, en alimentos y demás Artículos análogos destinados a su consumo personal inmediato o al de sus familiares que vivan y dependan económicamente de él, siempre que el patrono haga el suministro a precio de costo o menos.

Asimismo, las ventajas económicas, de cualquier naturaleza que sean, que se otorguen a los trabajadores en general por la prestación de sus servicios, salvo pacto en contrario, debe entenderse que constituyen el treinta por ciento del importe total del salario devengado.

3.7.2. El pago del salario mínimo

Todo trabajador tiene derecho a devengar un salario mínimo que cubra sus necesidades normales de orden material, moral y cultural que le permita satisfacer sus deberes como jefe de familia.

Dicho salario se debe fijar periódicamente conforme se determine en este capítulo y atendiendo a las modalidades de cada trabajo, a las particulares condiciones de cada región y a las posibilidades patronales en cada actividad intelectual, industrial, comercial, ganadera o agrícola. Esa fijación debe también tomar en cuenta si los salarios se pagan por unidad de tiempo, por unidad de obra o por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono y ha de hacerse adoptando las medidas necesarias para que no salgan perjudicados los trabajadores que ganan por pieza, por tarea, precio alzado o a destajo.

3.7.3. El plazo para el pago del salario

Esta medida protectora es la que obliga a los empleadores a tener que pagar el salario de sus trabajadores en forma quincenal, si se trata de trabajos manuales; y en forma mensual si se trata de trabajos intelectuales o de los oficios domésticos. En el caso que se trate de salario pactado por participación en las utilidades, el plazo para el pago puede pactarse en forma quincenal o mensual, en abonos a la participación probable del trabajador, pues, la liquidación total de las participaciones devengadas debe hacerse anualmente.

3.7.4. Obligación de pagar el salario completo en cada período

Esta medida protectora es la que obliga al empleador a tener que hacer efectivo el pago del salario pactado con el trabajador en forma completa, siendo expresamente prohibido el hacer pagos parciales del salario, no obstante y haberse cumplido el plazo para el pago del mismo.

3.7.5. Obligación de pagar el salario directamente al trabajador

Esta medida se refiere a que el patrono debe pagar el salario del trabajador directamente al mismo o con la autorización respectiva a la persona de la familia de aquel que haya indicado. Esta medida es importante, porque hace imposibles que los

acreedores del trabajador puedan reclamar la entrega del salario de éste, si no es con orden de juez competente.

3.7.6. El lugar del pago del salario

El Artículo 13 del Convenio 95, establece que cuando el pago del salario se efectúe se deberá hacer únicamente en días laborales, en el lugar del trabajo o en un lugar próximo al mismo, a menos de que las partes hayan establecido una fórmula en relación al lugar de pago, más favorable para el trabajador.

En relación a esto cabe señalar que un gran porcentaje de empleadores paga el salario de sus trabajadores fuera del centro de trabajo y en días inhábiles, lo cual representa una seria contravención a lo preceptuado en el convenio, sin dejar de señalar que también se expone la seguridad del trabajador.

3.7.7. Inembargabilidad del salario

El Artículo 10 del Convenio, establece el principio de inembargabilidad del salario, cuando señala que no podrá embargarse ni cederse el salario, sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional del Estado que ha ratificado el Convenio, debiendo protegerse en la legislación el salario contra su embargo o cesión, en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.

Es precisamente en relación a la inembargabilidad del salario, que el Código de Trabajo guatemalteco regula de manera más acertada y amplía el tema, pues se señala en el Artículo 96 del mismo, la inembargabilidad del 65% de los salarios mayores a trescientos quetzales, de lo cual se desprende que siendo en este momento, en Guatemala, la totalidad de salarios mayores a esa cantidad, se debe entender que esta regla de inembargabilidad se aplica a todos los salarios, lo cual constituye un verdadero

avance en materia de protección del salario, a parte de ser el aspecto en el que más recoge nuestra legislación la finalidad del Convenio 95 de la OIT.

3.7.8. Los anticipos del salario

Los anticipos que haga el patrono al trabajador por cuenta de salarios en ningún caso deben devengar intereses. Las deudas que el trabajador contraiga con el patrono por este concepto, por pagos hechos en exceso o por responsabilidades civiles con motivo del trabajo, se deben amortizar hasta su extinción, en un mínimo de cinco períodos de pago, excepto cuando el trabajador, voluntariamente, pague en un plazo más corto. Es entendido que al terminar el contrato, el patrono puede hacer la liquidación definitiva que proceda.

En los demás casos, las deudas que el trabajador contraiga con el patrono o con sus asociados, familiares o dependientes durante la vigencia del contrato o con anterioridad a la celebración de éste, sólo pueden amortizarse o, en su caso, compensarse, en la proporción en que sean embargables los respectivos salarios que aquel devengue.

3.7.9. La protección a los salarios menores a cien quetzales

Los salarios que no excedan de cien quetzales al mes no pueden cederse, venderse, compensarse ni gravarse a favor de personas distintas de la esposa o concubina y familiares del trabajador que vivan y dependan económicamente de él sino en la proporción en que sean embargables. Quedan a salvo las operaciones legales que se hagan con las cooperativas o con las instituciones de crédito que operen con autorización otorgada de acuerdo con la ley.

3.7.10. La preeminencia de los créditos por pago de salarios

Los créditos por salarios no pagados o las indemnizaciones en dinero a que los trabajadores tengan derecho en concepto de terminación de sus contratos de trabajo,

gozan en virtud de su carácter alimenticio de los siguientes privilegios una vez que unos u otras hayan sido reconocidos por los Tribunales de Trabajo y Previsión Social:

- a) Pueden ser cobrados por la vía especial que establece el Artículo 426 y;
- b) Tienen carácter de créditos de primera clase en el caso de juicios universales y, dentro de éstos, gozan de preferencia absoluta sobre cualesquiera otros, excepto los que se originen, de acuerdo con los términos y condiciones del Código Civil sobre acreedores de primera clase, en gastos judiciales comunes, gastos de conservación y administración de los bienes concursados, gastos de entierro del deudor y gastos indispensables de reparación o construcción de bienes inmuebles.

Para los efectos de este inciso, el juez del concurso debe poseedor sin pérdida de tiempo a la venta de bienes suficientes para cubrir las respectivas deudas; en caso de que no haya dinero en efectivo que permita hacer su pago inmediato. Los privilegios a que se refiere el presente Artículo sólo comprenden un importe de esos créditos o indemnizaciones equivalentes a seis meses de salarios o menos.

3.8. Normativa laboral vigente y acuerdos ratificados por Guatemala que protegen el salario

3.8.1. Con la Constitución Política de la República de Guatemala Asamblea Nacional Constituyente, 1985

- **Artículo 101.- Derecho al trabajo.** El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social.

“...el derecho de trabajo es un derecho tutelar de los trabajadores y que constituye un mínimun de garantías sociales, protectoras de trabajador, irrenunciables únicamente para éste y llamadas a desarrollarse a través de la legislación ordinaria, la contratación individual colectiva, los pactos de trabajo y otras normas. Fundamentada en estos principios, la Constitución Política de la República regula lo relativo al trabajo,

considerando éste como un derecho de la persona y una obligación social...” Gaceta No. 37, expediente No. 291-95, página No. 59, sentencia: 16-08-95.

Véase:

- Gaceta No. 20, expediente No. 376-90, página No. 174, sentencia: 30-05-91.

Se menciona en:

- Gaceta No. 40, expediente No. 837-95, página No. 13 sentencia: 30-05-96.

• **Artículo 102.-** Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo. Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades:

b) Todo trabajo será equitativamente remunerado, salvo lo que al respecto determine la ley;

“...El inciso b) del Artículo 102 Constitucional...deja salvo lo que al respecto determine la Ley, es decir, casos en los que, por tratarse del cumplimiento de una obligación adicional por interés colectivo como en el presente caso, la actividad es ad honorem...” Gaceta No. 50, expediente No. 194-98, página No. 39, sentencia: 21-10-98.

Véase:

- Gaceta No. 59, expediente No. 70-00, página No. 274, sentencia: 03-01-01.
- Gaceta No. 46, expediente No. 239-97, página No. 531, sentencia 22-12-97.

Se menciona en:

- Gaceta No. 40, expediente No. 837-95, página No. 13, sentencia: 30-05-96.

c) Igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad;

- d) Obligación de pagar al trabajador en moneda de curso legal. Sin embargo, el trabajador del campo puede recibir, a su voluntad, productos alimenticios hasta en un treinta por ciento de su salario. En este caso el empleador suministrará esos productos a un precio no mayor de su costo;
- e) Inembargabilidad del salario en los casos determinados por la ley. Los implementos personales de trabajo no podrán ser embargados por ningún motivo. No obstante, para protección de la familia del trabajador y por orden judicial, sí podrá retenerse y entregarse parte del salario a quien corresponda;
- f) Fijación periódica del salario mínimo de conformidad con la ley;

Véase:

- Gaceta No. 59, expediente No. 70-00, página No. 274, sentencia: 03-01-01.
- Gaceta No. 8, expedientes acumulados Nos. 24-88, 26-88 y 29-88, página No. 64, sentencia: 11-04-88.
- Gaceta No. 8, expedientes acumulados Nos. 83-88- y 95- 88, página No. 50, sentencia: 30-05-88.

Se menciona en:

Gaceta No. 58, expediente No. 287-00, página No. 81, sentencia: 23-11-00.

O). Obligación del empleador de otorgar cada año un aguinaldo no menor del ciento por ciento del salario mensual, o el que ya estuviere establecido si fuere mayor, a los trabajadores que hubieren laborado durante un año ininterrumpido y anterior a la fecha del otorgamiento. La ley regulará su forma de pago. A los trabajadores que tuvieran menos del año de servicios, tal aguinaldo les será cubierto proporcionalmente al tiempo laborado.

3.8.2. Con el Código de Trabajo

- **Salarios y medidas que lo protegen**

- **Artículo 88.** Salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos. Salvo las excepciones legales, todo servicio prestado por un trabajador a su respectivo patrono, debe ser remunerado por éste. El cálculo de esta remuneración, para el efecto de su pago, puede pactarse:

- a) Por unidad de tiempo (por mes, quincena, semana, día u hora);
- b) Por unidad de obra (por pieza, tarea, precio alzado o a destajo); y,
- c) Por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono; pero en ningún caso el trabajador deberá asumir los riesgos de pérdidas que tenga el patrono.

- **Artículo 89.** Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo, se deben tomar en cuenta la intensidad y calidad del mismo, clima y condiciones de vida.

A trabajo igual, desempeñado en puesto y condiciones de eficiencia y antigüedad dentro de la misma empresa, también iguales, corresponderá salario igual, el que debe comprender los pagos que se hagan al trabajador a cambio de su labor ordinaria. En las demandas que entablen las trabajadoras relativas a la discriminación salarial por razón de sexo, queda el patrono obligado a demostrar que el trabajo que realizaba la demandante de inferior calidad y valor.

- **Artículo 90** El pago del salario, debe hacerse en moneda de curso legal. Se prohíbe pagar el salario, total o parcialmente en mercadería, vales, fichas, cupones o cualquier otro signo representativo con que se pretenda sustituir la moneda. Las sanciones legales se deben aplicar en su maximun cuando las órdenes de pago sólo sean canjeables por mercaderías en determinados establecimientos.

Es entendido que la prohibición que precede no comprende la entrega de vales, fichas, u otro medio análogo de cómputo del salario, siempre que al vencimiento de cada periodo de pago el patrono cambie el equivalente exacto de unos u otras en moneda de curso legal.

No obstante las disposiciones anteriores, los trabajadores campesinos que labores en explotaciones agrícolas o ganaderas pueden percibir el pago de su salario, hasta en un treinta por ciento del importe total de éste como maximun, en alimentos y demás Artículos análogos destinados a su consumo personal inmediato o al de sus familiares que vivan y dependan económicamente de él, siempre que el patrono haga el suministro a precio de costo o menos.

Asimismo, las ventajas económicas, de cualquier naturaleza que sean, que se otorguen a los trabajadores en general por la prestación de sus servicios, salvo pacto en contrario, debe entenderse que constituyen el treinta por ciento del importe total del salario devengado la cual hace mención el Artículo 90.

- **Artículo 91.** El monto del salario debe ser determinado por patronos y trabajadores, pero no puede ser inferior al que se fije como mínimo de acuerdo con el capítulo siguiente.
- **Artículo 92.** Patronos y trabajadores deben fijar el plazo para el pago del salario, sin que dicho plazo pueda ser mayor de una quincena para los trabajadores manuales, ni de un mes para los trabajadores intelectuales y lo servicios domésticos.

Si el salario consiste en participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono, se debe señalar una suma quincenal o mensual que ha de recibir el trabajador, la cual debe ser proporcionada a las necesidades de éste y el monto probable de la participación que le llegue a corresponder. La liquidación definitiva se debe hacer por lo menos cada año.

- **Artículo 93.** Salvo lo dispuesto por el párrafo segundo del Artículo anterior, el salario debe liquidarse completo en cada período de pago. Para este efecto, así como para el cómputo de todas las indemnizaciones o prestaciones que otorga el presente Código, se entiende por salario completo el devengado durante las jornadas ordinaria y extraordinaria o el equivalente de las mismas en el caso del inciso b) del Artículo 88.

Igualmente, para los mismos efectos que indica el párrafo anterior, siempre que se pueda pactar legalmente salarios en especie y no se haya estipulado la proporción entre éste y el salario en dinero, debe entenderse que se ha convenido pagar en especie de un treinta por ciento del salario total.

- **Artículo 94.** El salario debe pagarse directamente al trabajador o a la persona de su familia que él indique por escrito o en acta levantada por una autoridad de trabajo.

- **Artículo 95.** Salvo convenio escrito en contrario, el pago del salario debe hacerse en el propio lugar donde los trabajadores presten sus servicios y durante las horas de trabajo o inmediatamente después de que éstas concluyan. Se prohíbe pagar el salario en lugares de recreo, expendios comerciales o de bebidas alcohólicas u otros análogos, salvo que se trate de trabajadores que laboren en esa clase de establecimientos.

- **Artículo 96. Se declaran inembargables**

- Los salarios mínimos y los que sin serlo no excedan de treinta quetzales al mes;
- El noventa por ciento de los salarios mayores de treinta quetzales o más, pero menores de cien quetzales al mes;
- El ochenta y cinco por ciento de los salarios de cien quetzales o más, pero menores de doscientos quetzales al mes;
- El ochenta por ciento de los salarios de doscientos quetzales o más, pero menores de trescientos quetzales al mes; y,
- El sesenta y cinco por ciento de los salarios mensuales de trescientos quetzales o más.

- **Artículo 97.** No obstante lo dispuesto en el Artículo anterior, son embargables toda clase de salarios, hasta en un cincuenta por ciento, para satisfacer obligaciones de pagar alimentos presentes o los que se deben desde los seis meses anteriores al embargo.

Tanto en el caso de embargos para satisfacer obligaciones de pago de alimentos a que se refiere el párrafo anterior, como en el caso de embargo por otras obligaciones, el mandamiento, así como las diligencias respectivas, contendrán la prevención, a quien deba cubrir los salarios, de que aún cuando el mismo salario sea objeto de varios embargos, se deje libre en beneficio del ejecutado la parte no embargable, al tenor de lo dispuesto en este Artículo o en el precedente.

Los embargos por alimentos tendrán prioridad sobre los demás embargos y en ningún caso podrán hacerse efectivos dos embargos simultáneamente en la proporción indicada en este Artículo y en la proporción del citado Artículo 96, pues cuando se hubiere cubierto la proporción máxima que indica el Artículo citado últimamente, sólo podrá embargarse hasta el diez por ciento más para satisfacer las demás obligaciones.

- **Artículo 98.** Como protección adicional del salario se declaran también inembargables los instrumentos, herramientas o útiles del trabajador que sean indispensables para ejercer su profesión y oficio, salvo que se trate de satisfacer deudas emanadas únicamente de la adquisición a crédito de los mismos.

- **Artículo 99.** Los anticipos que haga el patrono al trabajador por cuenta de salarios en ningún caso deben devengar intereses.

Las deudas que el trabajador contraiga con el patrono por este concepto, por pagos hechos en exceso o por responsabilidades civiles con motivo del trabajo, se deben amortizar hasta su extinción, en un mínimo de cinco períodos de pago, excepto cuando el trabajador, voluntariamente, pague en un plazo más corto. Es entendido que al terminar el contrato, el patrono puede hacer la liquidación definitiva que proceda.

En los demás casos, las deudas que el trabajador contraiga con el patrono o con sus asociados, familiares o dependientes durante la vigencia del contrato o con anterioridad a la celebración de éste, sólo pueden amortizarse o, en su caso, compensarse, en la proporción en que sean embargables los respectivos salarios que aquél devengue.

- **Artículo 100.** Los salarios que no excedan de cien quetzales al mes no pueden cederse, venderse, compensarse ni gravarse a favor de personas distintas de la esposa o concubina y familiares del trabajador que vivan y dependan económicamente de él sino en la proporción en que sean embargables. Quedan a salvo las operaciones legales que se hagan con las cooperativas o con las instituciones de crédito que operen con autorización otorgada de acuerdo con la ley.

- **Artículo 101.** Los créditos por salarios no pagados o las indemnizaciones en dinero a que los trabajadores tengan derecho en concepto de terminación de sus contratos de trabajo, gozan en virtud de su carácter alimenticio de los siguientes privilegios una vez que unos u otras hayan sido reconocidos por los Tribunales de Trabajo y Previsión Social:

a) Pueden ser cobrados por la vía especial que prevé el Artículo 426; y,

b) Tienen carácter de créditos de primera clase en el caso de juicios universales y, dentro de éstos, gozan de preferencia absoluta sobre cualesquiera otros, excepto los que se originen, de acuerdo con los términos y condiciones del Código Civil sobre acreedores de primera clase, en gastos judiciales comunes, gastos de conservación y administración de los bienes concursados, gastos de entierro del deudor y gastos indispensables de reparación o construcción de bienes inmuebles.

Para los efectos de este inciso, el juez del concurso debe poseedor sin pérdida de tiempo a la venta de bienes suficientes para cubrir las respectivas deudas; en caso de que no haya dinero en efectivo que permita hacer su pago inmediato. Los privilegios a que se refiere el presente Artículo sólo comprenden un importe de esos créditos o indemnizaciones equivalentes a seis meses de salarios o menos.

3.8.3. Los convenios ratificados por Guatemala

3.8.3.1. C-100 Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951

- **Artículo 1.**

A los efectos del presente Convenio:

“a) El término **remuneración** comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último.

b) La expresión **igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor** designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.”

- **Artículo 2.**

1.”Todo miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.”

2. Este principio se deberá aplicar sea por medio de:

a) La legislación nacional;

b) Cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido por la legislación;

c) Contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o

d) La acción conjunta de estos diversos medios.

- **Artículo 3.**

“1. Se deberán adoptar medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, tomando como base los trabajos que éste entrañe, cuando la índole de dichas medidas facilite la aplicación del presente Convenio.

2. Los métodos que se adopten para esta evaluación podrán ser decididos por las autoridades competentes en lo que concierne a la fijación de las tasas de remuneración, o cuando dichas tasas se fijen por contratos colectivos, por las partes contratantes.

3. Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, no deberán considerarse contrarias al principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.”

- **Artículo 4.**

“Todo miembro deberá colaborar con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, en la forma que estime más conveniente, a fin de aplicar las disposiciones del presente Convenio.”

3.8.3.2. C-131 Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970

- **Preámbulo**

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 junio 1970 en su quincuagésima cuarta reunión; Habida cuenta de los términos del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, 1928, y del Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951, que han sido ampliamente ratificados, así como los del Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura), 1951.

Considerando que estos Convenios han desempeñado un importante papel en la protección de los grupos asalariados que se hallan en situación desventajosa; considerando que ha llegado el momento de adoptar otro instrumento que complemente los convenios mencionados y asegure protección a los trabajadores contra remuneraciones indebidamente bajas, el cual, siendo de aplicación general, preste especial atención a las necesidades de los países en vías de desarrollo; después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a los mecanismos para la fijación de salarios mínimos y problemas conexos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha veintidós de junio de mil novecientos setenta, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970.

- **TEXTO**

- **Artículo 1**

1. “Todo Estado Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique este Convenio se obliga a establecer un sistema de salarios mínimos que se aplique a todos los grupos de asalariados cuyas condiciones de empleo hagan apropiada la aplicación del sistema.”

2. La autoridad competente de cada país determinará los grupos de asalariados a los que se deba aplicar el sistema, de acuerdo con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas o después de haberlas consultado exhaustivamente, siempre que dichas organizaciones existan.

3. “Todo miembro que ratifique el presente Convenio, en la primera memoria anual sobre la aplicación del Convenio que someta en virtud del Artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, enumerará los grupos de asalariados que no hubieran sido incluidos con arreglo al presente Artículo, y explicará los motivos de

dicha exclusión.”

- **Artículo 2.**

1. Los salarios mínimos tendrán fuerza de ley, no podrán reducirse y la persona o personas que no los apliquen estarán sujetas a sanciones apropiadas de carácter penal o de otra naturaleza.

2. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente Artículo, se respetará plenamente la libertad de negociación colectiva.

- **Artículo 3.** Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el nivel de los salarios mínimos deberían incluirse, en la medida en que sea posible y apropiado, de acuerdo con la práctica y las condiciones nacionales, los siguientes:

“a) La necesidad de los trabajadores y de sus familias habida cuenta del nivel general de salarios en el país, del costo de vida, de las prestaciones de seguridad social y del nivel de vida relativo de otros grupos sociales;

b) Los factores económicos, incluidos los requerimientos del desarrollo económico, los niveles de productividad y la conveniencia de alcanzar y mantener un alto nivel de empleo.”

- **Artículo 4.**

1. “Todo miembro que ratifique el presente Convenio establecerá y mantendrá mecanismos adaptados a sus condiciones y necesidades nacionales, que hagan posible fijar y ajustar de tiempo en tiempo los salarios mínimos de los grupos de asalariados comprendidos en los sistemas protegidos de conformidad con el Artículo 1 del Convenio.”

2. Deberá disponerse que para el establecimiento, aplicación y modificación de dichos mecanismos se consulte exhaustivamente con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, o, cuando dichas organizaciones no existan, con los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados.

3. Si fuere apropiado a la naturaleza de los mecanismos para la fijación de salarios mínimos, se dispondrá también que participen directamente en su aplicación:

a) En pie de igualdad, los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, o, si no existiesen dichas organizaciones, los representantes de los empleadores y de los trabajadores interesados;

b) Las personas de reconocida competencia para representar los intereses generales del país y que hayan sido nombradas previa consulta exhaustiva con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores interesadas, cuando tales organizaciones existan y cuando tales consultas estén de acuerdo con la legislación o con la práctica nacional.

- **Artículo 5.** Deberán adoptarse medidas apropiadas, tales como inspección adecuada, complementada por otras medidas necesarias, para asegurar la aplicación efectiva de todas las disposiciones relativas a salarios mínimos.

- **Artículo 6.** No se considerará que el presente Convenio revise ningún otro convenio existente.

- **Artículo 7.** Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

- **Artículo 8.**

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

- **Artículo 9.**

1. “Todo miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado”. (sic)

2. “Todo miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este Artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este Artículo.”

- **Artículo 10.**

1. El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y denuncias le comuniquen los miembros de la Organización.

2. Al notificar a los miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

3.8.3.3. C-95 Convenio sobre la Protección del Salario, 1949

- **Preámbulo**

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional, adopta, con fecha primero de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre la protección del salario, 1949:

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 8 junio 1949 en su trigésima segunda reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección del salario, cuestión que constituye el séptimo punto del orden del día de la reunión, y,

- **Ámbitos de aplicación del convenio**

- **Ámbito de aplicación personal**

El ámbito de aplicación personal del convenio va dirigido a todas las personas a quienes se pague un salario como consecuencia de una relación o contrato individual de trabajo.

- **Ámbito de aplicación material**

El ámbito de aplicación material del convenio lo conforman todas las relaciones o contratos individuales de trabajo que se generen dentro de los territorios de los Estados que hayan ratificado el **Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo**.

- **Artículo 1. Definición del salario conforme al convenio**

A los efectos del presente Convenio, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

- **Artículo 2. Exclusión y aplicación del convenio**

1. El presente Convenio se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario.

2. La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, podrá excluir de la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del presente Convenio a las categorías de personas que trabajen en circunstancias y condiciones de empleo tales que la aplicación de todas o de algunas de dichas disposiciones sea inapropiada y que no estén empleadas en trabajos manuales o estén empleadas en el servicio doméstico o en trabajos análogos.

3. Todo miembro deberá indicar en la primera memoria anual sobre la aplicación del presente Convenio, que habrá de presentar en virtud del Artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, cualquier categoría de personas a la que se proponga excluir de la aplicación de todas o de alguna de las disposiciones de este Convenio, de conformidad con los términos del párrafo precedente. Ningún miembro podrá hacer exclusiones ulteriormente, salvo con respecto a las categorías de personas así indicadas.

4. Todo miembro que indique en su primera memoria anual las categorías de personas que se propone excluir de la aplicación de todas o de algunas de las disposiciones del presente Convenio deberá indicar, en las memorias anuales posteriores, las categorías de personas respecto de las cuales renuncie al derecho a invocar las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo, y cualquier progreso que pueda haberse efectuado con objeto de aplicar el Convenio a dichas categorías de personas.

- **Artículo 3. Forma de pago del salario**

1. Los salarios que deban pagarse en efectivo se pagarán exclusivamente en moneda de curso legal, y deberá prohibirse el pago con pagarés, vales, cupones o en cualquier otra forma que se considere representativa de la moneda de curso legal.

- **Pago del salario con cheque**

1. La autoridad competente podrá permitir o prescribir el pago del salario por cheque contra un banco o por giro postal, cuando este modo de pago sea de uso corriente o sea necesario a causa de circunstancias especiales, cuando un contrato colectivo o

un laudo arbitral así lo establezca, o cuando, en defecto de dichas disposiciones, el trabajador interesado preste su consentimiento. De lo anterior puede concluirse con toda certeza, que la condición para que se autorice el pago del salario con cheque, es que el trabajador haya dado su consentimiento expreso, lo cual en el caso guatemalteco no se da, pues nunca se ha solicitado del trabajador su consentimiento para pagarle el salario en esa forma, además de precisar que debe justificarse en todo caso el por qué de que se tenga que pagar el salario del trabajador con cheque y no con moneda de curso legal, cosa que tampoco hacen los empleadores.

- **Artículo 4. El pago en especie del salario**

1. La legislación nacional, los contratos colectivos o los laudos arbitrales podrán permitir el pago parcial del salario con prestaciones en especie en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate. En ningún caso se deberá permitir el pago del salario con bebidas espirituosas o con drogas nocivas.

2. En los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie, se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que:

- las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos;
- el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

- **Artículo 5. La obligación de pagar el salario directamente al trabajador**

El salario se deberá pagar directamente al trabajador interesado, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral establezcan otra forma de pago, o que el trabajador interesado acepte un procedimiento diferente.

De lo anterior, se puede establecer que para pagar el salario del trabajador a persona distinta debe de concurrir la existencia de disposiciones que así lo regulen, pero que resulte ser consentidas por el trabajador y a la vez más favorables para éste. Lo que quiere decir que si cualquier otra forma adopta resulta perjudicial para el trabajador,

simplemente esta no tendrá ningún efecto y será nulo de pleno derecho.

- **Artículo 6. Libertad de trabajador de disponer de su salario**

Se deberá prohibir que los empleadores limiten en forma alguna la libertad del trabajador de disponer de su salario.

- **Artículo 7. Prohibición de instalar tiendas propiedad del patrono para obligar a comprar al trabajador**

1. Cuando se creen, dentro de una empresa, economatos para vender mercancías a los trabajadores, o servicios destinados a proporcionarles prestaciones, no se deberá ejercer ninguna coacción sobre los trabajadores interesados para que utilicen estos economatos o servicios.

2. Cuando no sea posible el acceso a otros almacenes o servicios, la autoridad competente deberá tomar medidas apropiadas para lograr que las mercancías se vendan a precios justos y razonables, que los servicios se presten en las mismas condiciones y que los economatos o servicios establecidos por el empleador no se exploten con el fin de obtener utilidades, sino para que ello redunde en beneficio de los trabajadores interesados.

- **Artículo 8. Los descuentos del salario del trabajador**

1. Los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral.

2. Se deberá indicar a los trabajadores, en la forma que la autoridad competente considere más apropiada, las condiciones y los límites que hayan de observarse para poder efectuar dichos descuentos.

- **Artículo 9. Descuentos de los salarios**

Se deberá prohibir cualquier descuento de los salarios que se efectúe para garantizar

un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante o a un intermediario cualquiera (tales como los agentes encargados de contratar la mano de obra) con objeto de obtener o conservar un empleo.

En relación a este tema, el Artículo 8 del convenio preceptúa que los descuentos de los salarios solamente se deberán permitir de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites fijados por la legislación nacional de Estado que ha ratificado el convenio, un contrato colectivo o bien una sentencia arbitral.

Este tema del descuento del salario, ha sido puntualizado como uno de los casos en el que los empleadores manifiestan su completo irrespeto a la ley, pues a pesar de la prohibición expresa de descontar suma alguna del salario del trabajador, los empleadores descuentan por cualquier causa del salario del trabajador, tal y el caso cuando éste a faltado a sus labores una vez a la semana, y el empleador dispone por esa razón descontarle el día que faltó, más el correspondiente al día de descanso semanal, lo cual es abiertamente ilegal y demás contraviene el espíritu del convenio.

- **Artículo 10. Inembargabilidad del salario**

1. El salario no podrá embargarse o cederse sino en la forma y dentro de los límites fijados por la legislación nacional.

2. El salario deberá estar protegido contra su embargo o cesión en la proporción que se considere necesaria para garantizar el mantenimiento del trabajador y de su familia.

- **Artículo 11. El carácter de acreedor preferente del trabajador**

1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.

2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.

3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes.

- **Artículo 12. Plazo para el pago del salario**

1. El salario se deberá pagar a intervalos regulares. A menos que existan otros arreglos satisfactorios que garanticen el pago del salario a intervalos regulares, los intervalos a los que el salario deba pagarse se establecerán por la legislación nacional o se fijarán por un contrato colectivo o un laudo arbitral.

- **La terminación del contrato de trabajo y el ajuste del salario**

2. Cuando se termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos, de conformidad con la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral, o, en defecto de dicha legislación, contrato o laudo, dentro de un plazo razonable, habida cuenta de los términos del contrato.

En relación a este tema, el Artículo 12 literal 2... del convenio prevé que cuando termine el contrato de trabajo se deberá efectuar un ajuste final de todos los salarios debidos al trabajador.

Esta disposición es en extremo importante, pues es la que fundamenta la obligación que existe de integrar el salario con todas las retribuciones económicas que el trabajador recibe a cambio de la prestación de sus servicios, en el momento de efectuar el cálculo de la indemnización por tiempo de servicio.

No obstante, hay que señalar que esta disposición a pesar del importante que es, se reconoce y aplica muy poco por los empleadores y por los jueces de trabajo. En algunos casos posiblemente porque no se han frustrado sobre la existencia del convenio, y en algunos otros simplemente no le confiere inoperatividad al mismo.

- **Artículo 13. El lugar de pago del salario**

1. Cuando el pago del salario se haga en efectivo, se deberá efectuar únicamente los días laborables, en el lugar de trabajo o en un lugar próximo al mismo, a menos que la legislación nacional, un contrato colectivo o un laudo arbitral disponga otra forma o que otros arreglos conocidos por los trabajadores interesados se consideren más adecuados.

2. Se deberá prohibir el pago del salario en tabernas u otros establecimientos similares y, cuando ello fuere necesario para prevenir abusos, en las tiendas de venta al por menor y en los centros de distracción, excepto en el caso de personas empleadas en dichos establecimientos.

- **Artículo 14. Se deberán tomar medidas eficaces, cuando ello sea necesario, con objeto de dar a conocer a los trabajadores en forma apropiada y fácilmente comprensible:**

a) Antes de que ocupen un empleo o cuando se produzca cualquier cambio en el mismo, las condiciones de salario que habrán de aplicárseles;

b) Al efectuarse cada pago del salario, los elementos que constituyan el salario en el período de pago considerado, siempre que estos elementos puedan sufrir variaciones.

- **Artículo 15. La legislación que dé efecto a las disposiciones del presente convenio deberá:**

- Ponerse en conocimiento de los interesados;

- Precisar las personas encargadas de garantizar su aplicación;

- Establecer sanciones adecuadas para cualquier caso de infracción;

- Proveer, siempre que sea necesario, al mantenimiento de un registro cuyo sistema haya sido aprobado.

- **Artículo 18.** Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

- **Artículo 19.**

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General.

2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

- **Artículo 22. La denuncia del convenio**

1. “Todo miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.”

2. “Todo miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este Artículo.”

No. 7-80
Guatemala 9 de mayo de 1980.
El Presidente de la República

ACUERDA:

Dictar las siguientes: “**Normas Reglamentarias para la aplicación del Convenio Internacional del Trabajo 95, relativo a la Protección del Salario**”.

- **Artículo 1o.** “Las presentes disposiciones comprenden normas reglamentarias para la aplicación del Convenio Internacional del Trabajo 95, relativo a la protección del Trabajo.”

- **Artículo 2o.** “1. Se prohíbe hacer descuentos o deducciones al salario del trabajador que no estén expresamente autorizadas por la ley. 2. Toda suma que hubiere sido omitida en el pago del salario, o de prestaciones laborales y las de seguridad social o de cualquier otra naturaleza, por error en el cálculo o por cualquier otro motivo, tan pronto se establezca debe entregarse de inmediato al trabajador o a sus beneficiarios según corresponde. 3. Cualquier suma descontada o deducida de más, por error o por cualquier otro motivo en el cálculo de cuotas legales que descuenten a favor de las instituciones del Estado tan pronto se establezca, debe ser entregada de inmediato al trabajador.”

- **Artículo 3o.** “1. Los descuentos de los salarios que se efectúen a título de reembolso por la pérdida de productos, bienes o instalaciones del empleador, o por daño causado en los mismos, se autorizarán únicamente cuando la pérdida o el daño haya quedado plenamente probado ante tribunal competente. 2. Dichos descuentos no podrán en ningún caso exceder del diez por ciento del salario mensual del trabajador.”

- **Artículo 4o.** “Se prohíbe cualquier descuento a los salarios que se efectúe para garantizar el pago directo o indirecto por un trabajador al empleador, a su representante

o a un intermediario cualquiera, con el objeto de obtener o mantener un empleo.”

- **Artículo 5o.** “Las autoridades de trabajo velarán por el cumplimiento de las presentes normas reglamentarias.”
- **Artículo 6o.** “El incumplimiento de las disposiciones de las presentes normas reglamentarias, será sancionado de conformidad con lo dispuesto por las normas aplicables del Código de Trabajo.”
- **Artículo 7º.** “El presente acuerdo entrará en vigencia a los ocho días de su publicación en el Diario Oficial.”

Comuníquese.

Publicado en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1980.

CAPÍTULO IV

4. Contratos de trabajo

4.1. Nociones generales

Antes de abordar el tema principal de la presente investigación, es necesario tomar en cuenta conceptos elementales, que serán utilizados en el desarrollo del mismo. El licenciado Fernández Molina, en su obra *derecho laboral guatemalteco*, señala: “El derecho laboral, como creación del hombre, de la comunidad, fue formulado con un fin específico, cual es mantener la armonía en las relaciones entre trabajadores y empleadores, entre quien da su trabajo y quien se beneficia de él.”³⁴

Para Cabanellas, el Derecho de Trabajo “Es una rama de las Ciencias Jurídicas que abarca el conjunto de normas positivas y doctrinas referentes a las relaciones entre el capital y la mano de obra, entre empresarios y trabajadores (intelectuales, técnicos dirección, fiscalización o manuales), en los aspectos legales, contractuales y consuetudinarios de los elementos básicos de la economía; donde el Estado, como poder neutral y superior, ha de marcar las líneas fundamentales de los derechos y deberes de ambas partes en el proceso general de producción.”³⁵

Por su parte el tratadista mexicano, el doctor de la Cueva, nos da la siguiente definición, de la disciplina a que nos referimos “Es la norma que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre el trabajo y el capital.”³⁶ Finalmente el licenciado Najarro Ponce,³⁷ citando al tratadista Trueba Urbina, nos dice en cuanto a la ubicación del derecho laboral, como un derecho social y no como un derecho público, lo siguiente: “especialmente en lo que respecta a la naturaleza de la disciplina, pues las leyes de trabajo son de derecho social y no de derecho público, y lo cierto es que entre el orden público y la justicia social existe una contradicción ideológica, ya que aquel

³⁴ Fernández Molina, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. Pág. 86.

³⁵ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**.

³⁶ De la cueva, Mario. **Lineamientos del derecho del trabajo**. Pág. 85.

³⁷ Najarro Ponce, Oscar. **La interpretación y la integración de la ley en el derecho de trabajo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala**. Pág.21.

comprende un status social de la comunidad jurídica que no puede ser alterado por los particulares, pero el cual podría ser incluido en el derecho público como los llamados derechos públicos subjetivos o garantías individuales.” El *juspublicum* o derecho público esta constituido por normas laborales entrañan principios sociales que tienden a conseguir la justicia social con carácter tuitivo y reivindicatorio en beneficio del trabajador, que menos pueden ser alterados por obreros y patronos en perjuicio de los primeros. De aquí que el derecho público se aplique rigurosamente, en cambio el derecho social es susceptible de interpretarse con el objeto de superar el sentido de las leyes de orden público.

4.2. Naturaleza jurídica del contrato de trabajo

Para poder determinar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo debemos tomar en cuenta que el derecho del trabajo es de naturaleza pública, esto es importante, porque siendo derecho público debe aplicarse forzosamente, sin tomar en cuenta la voluntad de las partes, es decir que existe límite a la autonomía de la voluntad de los contratantes.

En el derecho laboral se habla entonces, de que está limitada la autonomía de la voluntad. Tanto que se aplica aún contra la voluntad del propio beneficiado, que es el trabajador. El Artículo 12 del Código de Trabajo Decreto 1441 del Congreso de la República estipula que son nulos ipso jure y no obligan a los contratantes, todos los actos y estipulaciones que impliquen renuncia, disminución o tergiversación a los derechos que la constitución de la República y las leyes ordinarias comunes y leyes especiales, sus reglamentos y demás disposiciones de trabajo y previsión social otorguen a los trabajadores, aunque se expresen en un reglamento interior de trabajo, en un contrato de trabajo u otro pacto o convenio cualquiera.

Así el Artículo 106 de la Constitución Política estipula que los derechos laborales contenidos en la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Guatemala, son irrenunciables para los trabajadores y en caso de duda sobre la

interpretación o alcance de las disposiciones legales reglamentarias o **contractuales en materia laboral** se interpretará en el sentido más favorable para los trabajadores (in dubio pro operario). Por otro lado, se debe tener presente el capítulo dos sección octava de la Constitución Política de la República de Guatemala, denominada trabajo, porque en él están contenidos todos los principios fundamentales que informan el derecho del trabajo que son sumamente básicos para poder interpretar y aplicar sus normas desde el punto de vista constitucional. En consecuencia la naturaleza jurídica del contrato de trabajo se puede decir que es un acuerdo de voluntades con carácter normativo único en su género (sui generis). Para el doctor Cabanellas³⁸ “el criterio más acertado en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo es la del autor Volder quien dice que el trabajo, como factor humano y como producto genuino de la personalidad del hombre no puede ser dado en locación, no puede adquirirse o enajenarse asimismo agrega que puede arrendarse una cosa, un objeto material pero no puede arrendarse un hecho, una actividad del hombre, algo que pasa y se renueva, algo que constituye la verdadera vida activa de una cantidad de personas; además agrega que la naturaleza jurídica de un contrato debe responder a su contenido.” El maestro Cabanellas³⁹ “resume en cuatro las opiniones vertidas sobre la naturaleza jurídica de los contratos de trabajo, tomando como base a Garriguet, en el orden siguiente:”

- Es un contrato de arrendamiento, que es decir es un contrato por el cual una persona (arrendador) mediante un precio se obliga a poner durante cierto tiempo su actividad al servicio de otra persona (arrendatario) que se obliga a pagarle el arriendo, el alquiler, el salario (el Código Civil Francés) en 1945 le llama arrendamiento de servicios al mismo el Código Civil Argentino en esa fecha lo define como locación de servicios).
- Es un contrato de venta, el cual consiste en un convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa o transmitir la propiedad de ella a otro que por su

³⁸ Cabanellas, Guillermo. **Contrato de trabajo**. Pág. 456.

³⁹ **Ibid.** Pág. 460

parte se compromete a pagarla, (el obrero no puede transmitir a otro la propiedad de su persona ni de su actividad y por lo tanto lo que vende es su trabajo, es decir el ejercicio de un esfuerzo físico o intelectual durante un tiempo determinado).

- Es un contrato de los llamados innominados por el derecho romano *do ut facias* con relación al patrono y *facio ut des* con respecto al obrero, todo esto en cuanto a la apreciación de las dos partes del contrato.
- Es un contrato de sociedad en que el patrono y los obreros colocados en condición de igualdad y tratando de cierto modo de potencia a potencia pone de común acuerdo uno sus capitales y su experiencia administrativa y el otro (trabajador) su fuerza de trabajo para producir utilidades económicas, que pasa a ser propiedad de todos cuyo precio deberá distribuirse en partes proporcionales, pero como ya lo he dicho el criterio más aceptado a pesar de lo anterior, para el doctor Cabanellas es el criterio del maestro Volder, en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo y también congruente con los principios que informan a nuestro derecho del trabajo contenidos en la parte considerativa del Código de Trabajo Decreto 1441.

4.3. Contrato individual del trabajo

4.3.1. Concepto

El tratadista guatemalteco López Larrave, en mi particular punto de vista, nos da una importante definición de lo que esta institución, definiéndolo, así: “El contrato individual de trabajo constituye indiscutiblemente la institución matriz en torno a la cual se ha venido construyendo el edificio del derecho laboral”.⁴⁰

⁴⁰ López Larrave, Mario. **Contrato por tiempo indefinido, a plazo y para obra determinada y de servicios profesionales.** Pág. 78.

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

La lectura del Artículo anterior, permite señalar como elementos del contrato en mención los siguientes:

- Tiene carácter económico;
- El trabajador se obliga a prestar un servicio o ejecutar una obra personalmente (intuito personae);
- Existe dependencia o dirección ante quien presta la actividad y quien la disfruta o utiliza;
- Existe una retribución;
- La retribución corresponde al hecho de utilizar la actividad ajena o el aprovechamiento de la fuerza de trabajo.

4.3.2. Definición

Es un poco difícil definir lo que es el Contrato de Trabajo, para efectos prácticos, no obstante, hay una definición que a mi juicio satisface los presupuestos necesarios del mismo: “Contrato individual de trabajo es el vínculo económico y jurídico por el que una persona individual, se obliga a prestar a otra individual o jurídica, sus servicios personales, bajo la subordinación o dependencia inmediata o delegada del empleador, a cambio de una remuneración, sin que el trabajador asuma los riesgos que corresponden al empleador.”⁴¹

⁴¹ Revista del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. **Revista de trabajo**. Pág.39.

4.4. Clases de contrato de trabajo

De conformidad con nuestra legislación los contratos de trabajo se clasifican de la siguiente manera: atendiendo a su forma: **verbal (oral) y escrito; por la retribución convenida entre las partes es:** por unidad de tiempo y salario, por unidad de obra, por participación en las utilidades, por comisión en las ventas o cobros que haga el patrono; atendiendo a los sujetos de la relación jurídica contractual pueden ser: Individual y Colectivo; por su duración: plazo fijo , por tiempo indefinido y para obra determinada. Por tener relación con el tema que se investiga, únicamente analizaré lo relativo a la clasificación en relación a la duración del contrato de trabajo ya que el elemento duración tiene relevancia en el presente trabajo.

4.4.1. Contrato de trabajo por tiempo indefinido

A esta clase de contrato no se fija plazo, este se encuentra más beneficiado por las normas legales de carácter laboral que protegen al trabajador, las cuales se basan en la continuidad o permanencia de la relación laboral no se basa en la calificación contractual, sino en la realidad contractual, es decir en caso de que subsista la causa que da origen porque la fijación del plazo puede acarrear el problema de la simulación contractual que en estos tiempos es muy frecuente ver en la administración estatal y en la iniciativa privada, para poder restringir los derechos laborales de sus trabajadores y con la difusión a nivel internacional de la corriente neoliberal cuya aplicación se empezó a sentir en Guatemala a partir de la presente década cuando se contrata personal de planta bajo el renglón presupuestario 029, que es denominado como flexibilización del derecho laboral que consiste en la destitularización del mismo.

El Código de Trabajo guatemalteco regula el contrato de trabajo por tiempo indefinido en el Artículo 25 que estipula específicamente en su literal a) “el contrato individual de trabajo puede ser: A) por tiempo indefinido, cuando no se especifica fecha para su terminación...” aunque nuestro mismo ordenamiento legal en su Artículo 23 establece

que todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario.

Deben tenerse siempre como contrato a plazo indefinido, aunque se haya ajustado a plazo fijo o por obra determinada, los que se celebren en empresas o instituciones que sus actividades sean de naturaleza permanente o continuada si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen.

4.4.2. Contrato de trabajo a tiempo fijo

Este tipo de contrato constituye la excepción de la regla general, se usa con más frecuencia con trabajadores o técnicos especializados que el patrono requiere por un determinado tiempo.

El contrato de trabajo es por tiempo determinado cuando la relación laboral que se desarrollará tiene un plazo fijo predeterminado y constituye la excepción a la regla, que en este caso es el contrato por tiempo indeterminado. En el mencionado tipo de contrato es donde más frecuentemente se da la simulación y como lo veremos más adelante de aquí es donde se derivan contratos simulados, dentro de ellos el contrato que estudiamos que es el contrato de servicios técnicos o profesionales afectos al renglón presupuestario 029, del Estado, pues el contratante (Estado) inserta dentro de sus cláusulas contractuales que tal contratación no generará relación laboral y en consecuencia no estará sujeto el trabajador a normas de carácter laboral, pero la realidad es que en la práctica éste trabajador contratado tiene que marcar tarjeta de ingreso y egreso de su centro de trabajo o en su defecto un guardia que toma el tiempo; tiene un jefe del cual recibe instrucciones u órdenes y en múltiples casos, este trabajador tiene más de cinco años de trabajo continuo en la institución que labora, cuyo contrato es renovado año con año, pero este trabajo no ha recibido ninguna prestación laboral tal como vacaciones y otras. Cuando la persona ya está cansada enferma o pasada de edad es rescindido su contrato en forma unilateral o sencillamente cuando se vence el plazo para el cual fue contratado y no es renovado el contrato, me

pregunto, ¿será tal actitud y humana? Inevitablemente la respuesta surge de mi mente y es que tal actitud no es justa, toda persona merece y necesita un trato justo y humano no es posible que a una persona después de laborar más de un año no se le otorgue vacaciones remuneradas, para que esta persona pueda recuperar sus energías mentales y físicas consumadas por el trabajo. El argumento de la parte contratante es que por el tipo de contrato que es de naturaleza civil no existe la obligación de otorgar las prestaciones laborales de ley. Mas adelante ampliaré el tema en lo que respecta a la relación de dependencia. Soy del criterio que el hombre o persona que vive de su trabajo es trabajador y debe ser tratado jurídicamente como tal, dicho sistema de contratación predestina al trabajador a que dentro de pocos años ya sea que por su edad o por enfermedad no pueda seguir laborando tenga que recurrir a la caridad pública, pues alguna pensión por invalidez vejez o sobrevivencia.

4.4.3. Contrato de trabajo para obra determinada

“En primer lugar determinamos las diferencias que existen entre un contrato de obra laboral y un contrato de obra civil las diferencias principales estriban en que en el contrato de obra laboral debe existir subordinación por parte del trabajador y su empleador y la ausencia del riesgo para el trabajador, pues el riesgo de la obra debe de correr por parte del patrono o empleador, en cambio en el contrato de obra de naturaleza civil no existe subordinación y el riesgo es por cuenta de la persona que realiza la obra.”⁴² El contrato para obra determinada es tratado por el autor Caldera y establece que “es un contrato a término incierto, que concluye con la terminación de la obra, entendiéndose por tal no la totalidad objetiva proyectada por el patrono, sino por la parte que subjetivamente corresponde al respectivo trabajador dentro de aquella.”⁴³

Nuestro Código de Trabajo estipula en su Artículo 25 literal c) que el contrato individual de trabajo puede ser por obra determinada, cuando se ajusta globalmente o en forma alzada el precio de los servicios, del trabajador desde que se inician las labores hasta

⁴² Fuente periódico **Prensa Libre** Pág. 4 de fecha 12 de julio de 2006 y Decreto 108-96 del Congreso de la Republica.

⁴³ De la Cueva. **Ob. Cit.** Pág.88.

que estas concluyan, tomando en cuenta el resultado del trabajo o sea la obra realizada.

4.4.4. Otra clasificación

- **Por el número de trabajadores a que afecta**

- Individual y;

- Colectivo.

- **Verbal**

- Trabajo agrícola y ganadera;

- Trabajo doméstico;

- Trabajo accidental o temporal que no exceda de sesenta días;

- Trabajo de obra determinada que no exceda de un valor de 100 quetzales ni 60 días de su ejecución.

- **Escrito**

- Plazo fijo;

- Para obra determinada;

- Por tiempo indefinido.

4.5. Características

Dentro de las características principales del Contrato de Trabajo, recogiendo distintos puntos de vista, de varios autores, diremos que son los siguientes:

4.5.1. Consensual

Porque se perfecciona con el mero consentimiento expreso contenido en el contrato o tácito contenido por el hecho de la iniciación de la relación de trabajo. Basta con el consentimiento de las partes, a diferencia de los contratos reales, que necesitan del

consentimiento y además de la entrega de la cosa. La solemnidad no es inherente a esta clase de contrato, en los casos en que el convenio se exige por escrito, tal circunstancia no constituye solemnidad sino que se manifiesta como una pura aprobación, y se perfecciona por el sólo hecho de la prestación de los servicios.

4.5.2. Bilateral o sinalagmático

Porque ambas partes quedan mutua y recíprocamente obligadas y lo celebran trabajadores y patronos individualmente considerados, es decir derivan obligaciones para las dos partes, siendo estas básicamente, la prestación del servicio y el pago del salario, respectivamente.

4.5.3. Oneroso

Se establecen contraprestaciones recíprocas, el trabajador está obligado a poner a la disposición de su patrono su fuerza de trabajo y queda obligado a pagarle un salario o remuneración. Implica una prestación mutua de contenido económico.

4.5.4. Personal

Porque las prestaciones únicamente pueden realizarlas las partes obligadas. Es lo que se le llama **intuitio personae**.

4.5.5. Principal

No depende para su validez, subsistencia y perfeccionamiento de ningún otro tipo de contrato, y cumple por si mismo un fin contractual.

4.5.6. De tracto sucesivo

Sus efectos no terminan en el acto de su celebración sino que se prolongan en el tiempo como regla general, pues los contratos de trabajo a plazo fijo y para obra determinada tienen carácter de excepción. El cumplimiento de las obligaciones se da en etapas o acciones sucesivas, es decir, que no se agota en una o determinadas prestaciones.

4.5.7. Conmutativo

Porque el interés y la extensión de los beneficios totales de ambas partes pueden determinarse de antemano.

4.5.8. Autónomo

Porque tiene sus propios elementos y características que lo configuran y determinan como contrato único y distinto a otra clase de contratos, como la subordinación, la estabilidad, la profesionalidad, el salario, etc.

4.6. Principios sociales en que se fundamenta el derecho de trabajo

Los principios son las líneas directrices o postulados que informan e inspiran directa o indirectamente la doctrina y las normas jurídicas del derecho del trabajo y que sirven de base para promover la promulgación de nuevas normas o para orientar la integración o la interpretación de las existentes para resolver los casos no previstos por estas. El derecho de trabajo tiene como ingredientes naturales la protección a los sectores económicamente débiles, a través de las relaciones sociales de producción, que deben guardar una interrelación justa y equánime con las fuerzas productivas. Como estipula

Cabanellas “En tal orden es necesario advertir que los principios son concretos en la medida en que concuerdan con la naturaleza y con la historia.”⁴⁴

Cuando nos referimos a los principios que inspiran nuestro derecho nos referimos a los principios que inspiran nuestro derecho laboral, es imperioso citar al insigne maestro López Larrave, quien citando a Podetti, dice: “Son las directivas o líneas matrices, dentro de las cuales han de desarrollarse las instituciones del proceso.”⁴⁵

Estos principios cumplen una triple función:

- **Informadora:** sirven para fundamentar la promulgación de nuevas normas;
 - **Normativa:** sirven como fuente supletoria y son medio para la integración de derecho;
 - **Interpretativa:** Orientan al Juzgador para una mejor aplicación de las normas.
-
- **Principios sociales en que se fundamenta el Derecho del trabajo**
 - **Todos los principios de justicia.**
 - El trabajo es un derecho de la persona Artículo 101 de la Constitución.
 - El trabajo es una obligación social Artículo 101 de la Constitución.
 - Libertad de trabajo (Artículo 43 de la Constitución, y Artículo 6 Código de Trabajo).
 - Igual salario a igual trabajo en igualdad de condiciones Artículo 102, inciso “c”, de la Constitución.
 - Estabilidad laboral, trata de asegurar al trabajador una relación laboral mas o menos estable Artículo 102, inciso “O” de la Constitución y 26 y 78 del Código de Trabajo.

⁴⁴ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 546

⁴⁵ López Larrave, Mario. **Introducción al estudio del derecho procesal del trabajo.** Pág. 19.

- **Principio protector**

La Constitución Política de la República en el Artículo 103, caracteriza las leyes laborales como “conciliadoras” y “tutelares para los trabajadores”. Esta función tuitiva tiene en mira el trabajo como objeto de bien común, y al trabajador como producto de valores sociales. El principio de tutelaridad, lo encontramos en el preámbulo de la Constitución de la **Organización Internacional del Trabajo**, en la cual se indica: “**considerando**: Que la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social...”.

- **Principio de la norma más favorable al trabajador**

Este principio invierte la jerarquía de las normas en el derecho del trabajo y se utiliza cuando dos o más normas son aplicables al caso concreto, debiendo el juez aplicar la norma más favorable al trabajador Artículo 16 del Código de Trabajo.

- **Principio de la condición más favorable al trabajador**

(derechos adquiridos), cuando un trabajador tenga una situación concreta y permanente anterior, solo se le podrá variar por una nueva, si esta lo beneficia más. (Artículo 79 inciso “j” y, 80 del Código de Trabajo).

- **Principio de irrenunciabilidad de derechos**

Solo para el trabajador- El trabajador no puede renunciar a los derechos y beneficios que le otorga la ley Artículo 106 de la Constitución y 12 del Código de Trabajo.

- **Principio de la continuidad de la relación laboral**

Todo contrato individual de trabajo, se tendrá como celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario Artículo 26 Código de Trabajo.

- **Principio de sustitución patronal**

(Novación subjetiva). La sustitución del patrono no afecta los contratos de trabajo existentes en perjuicio del trabajador Artículo 23 del Código de Trabajo.

- **Principio de primacía de la realidad**

El hecho real de la existencia de la relación laboral subordinaría basta para dar por existente y perfecto el contrato de trabajo, aun cuando no se halla suscrito por escrito ninguno o se halla tratado de disfrazar bajo cualquier otra denominación al existente Artículo 19 del Código de Trabajo.

- **Principio de preeminencia**

Este principio trata de establecer si es el trabajador considerado individualmente o los grupos de trabajadores organizados el fin del derecho del trabajo. Sostiene que el Estado y el derecho son instituciones puestas al servicio de la persona humana. En el derecho del trabajo, este conflicto no existe, desde la división del derecho del trabajo en derecho colectivo del trabajo.

- **Principio de dignidad**

El derecho del trabajo respeta y hace valer la dignidad humana inherente a la persona del trabajador y no permite que el patrono, basado en su poder económico, la menoscabe. Considera que el trabajo es un vínculo comercio, estableciendo la obligación del patrono de garantizar la vida y la salud del trabajador mediante medida de previsión social y otras internas del centro de trabajo, así como garantizar un trato justo y digno entre ambos.

- **Principio de vitalidad**

Este principio se plasma en que el trabajo es un derecho y obligación social, todo ser humano tiene derecho al trabajo y la sociedad debe crear condiciones que le permitan acceder a las fuentes de trabajo a cambio de un salario que le permita al trabajador satisfacer sus necesidades vitales propias y las de su familia, tales como: salud, alimentación, vivienda, educación, vestuario, recreación, etc., que les permita un nivel de vida digno y decoroso sin ser sometido a sistemas agobiantes de producción y con medidas que le permitan recuperarse del esfuerzo gastado en el proceso de producción.

- **Principio de dotación**

Este principio establece la obligación del patrono de proporcionar los medios materiales que permitan al trabajador un mejor desempeño y rendimiento en su labor, tales como: herramientas, vestuario especial, maquinaria, accesorios, materia prima, etc., y además, en el campo o en circunstancias especiales, vivienda digna y decorosa.

- **Principio de igualdad**

Sobre la base de este principio, el patrón tiene prohibido hacer discriminaciones entre sus trabajadores por motivos de raza, sexo, edad, creencias políticas, religiosas, condiciones sociales.

- **Principio de desigualdad o de capacidad**

El objeto de este principio es que a determinados grupos de trabajadores, por razones de su sexo, edad y capacidad física, no se le asignan, por prohibición legal, jornadas de trabajo nocturnas o demasiadas extensas, trabajos pesados o peligrosos o especializados no acordes con su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral, fundamentalmente a los menores de edad y las mujeres en especial a las estado de embarazo.

- **Principio de nivelación o de libre asociación**

Este principio consagra el derecho de los trabajadores a sindicalizarse o a coligarse en defensa de sus intereses para que la unión y acción conjunta de los trabajadores nivele y compense su desventaja frente al poderío económico de los patronos.

4.7. Elementos del contrato de trabajo

4.7.1. Elementos generales

En el contrato individual de trabajo, como relación jurídica, encontramos aunque con algunas características especiales los elementos comunes a todos los contratos.

- La capacidad.
- El consentimiento.
- El objeto

4.7.1.1. Capacidad

Es la facultad que posee toda persona para ser sujeto de derecho y obligaciones; técnicamente se denomina capacidad jurídica. En términos generales se reconocen dos clases de capacidad **de goce y de ejercicio**.

- **Capacidad de goce**

Es llamada también de derecho, es inherente a todo ser humano y es necesaria para ser titular de derechos y para contraer obligaciones, de ella no se puede privar a ninguna persona en virtud de que el hacerlo significaría desconocer la personalidad jurídica. En resumen menciona el jurista Fernández Molina “Es la cualidad de un ente de ser sujeto de derechos y deberes jurídicos; es sinónimo de personalidad jurídica”.⁴⁶

⁴⁶ Fernández Molina, **Ob. Cit.** Pág.90.

- **Capacidad de ejercicio**

Llamada también de obrar. Es la facultad que tiene toda persona de ejercitar los derechos que cree tener, pero puede negarse a determinadas personas; se basa en el pleno disfrute de la conciencia y la voluntad y estas facultades hermanas no se encuentran en la totalidad de las personas. Privar o limitar la capacidad de ejercicio no significa que se afecte el goce de los derechos de la persona, en virtud de que la ley le proporciona al incapaz un representante para que pueda ejercitar sus derechos.

El tratadista, de la Cueva, establece que capacidad “Es la posibilidad legal de las personas de ejercitar los actos referentes al trabajo; así que una persona es capaz o incapaz para ejecutar legalmente determinada labor, etc.”⁴⁷

Es inherente a toda persona humana por ser un atributo derivado de la personalidad jurídica de la persona humana y consiste en la facultad que posee toda persona para ejercer sus derechos y adquirir obligaciones. La capacidad de obrar o de ejercicio es la facultad que posee toda persona civilmente capaz para ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por si misma. Cabanellas, menciona que “es la facultad de cumplir por si mismo y ejercer de igual manera deberes y derechos jurídicos.”⁴⁸

La capacidad, de conformidad con nuestro ordenamiento civil, está definida así “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles, se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años. Los menores que han cumplido catorce años son capaces para algunos actos determinados por la ley.”

En el derecho del trabajo guatemalteco, tienen capacidad de ejercicio los mayores de edad y los menores de edad que tengan catorce años o más y los insolventes y fallidos,

⁴⁷ De la Cueva, **Ob. Cit.** Pág. 450.

⁴⁸ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 468.

en casos de excepción calificada y previa autorización escrita de la Inspección General de Trabajo, los menores de catorce años pueden trabajar en jornada ordinaria diurna, exigiendo nuestra legislación que el contrato de trabajo debe celebrarse con sus representantes legales. Se discute en doctrina sobre las razones por las cuales se ha establecido en materia laboral una edad menor para la capacidad contractual, resumiéndose en las siguientes:

- Porque el contrato de trabajo existen las condiciones mínimas establecidas por el Estado;
- La incapacidad está establecida como protección de la inmadurez, en el contrato de trabajo existen las condiciones mínimas establecidas por el Estado;
- La Inspección General de Trabajo, controla la ejecución del contrato;
- Por el carácter personal del contrato en la realización del mismo, el que lo ejecuta tiene derecho a obtener los ingresos para su subsistencia o sostén;
- Por constituir el trabajo el único medio de vida para la mayor parte de la población y por los altos índices de desempleo, desintegración familiar, etc. El menor de edad se ve obligado trabajar.

4.7.1.2. Consentimiento

Este elemento común de los contratos se deriva de la **autonomía de la voluntad de las partes** y es la potestad que poseen los individuos para regular sus derechos y obligaciones mediante su voluntad manifestada en un contrato que obliga legalmente a las partes, siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres.

En el derecho del trabajo, se considera que el consentimiento del trabajador en la contratación de sus servicios no surge espontáneo ni libre, sino forzado por las circunstancias económicas que padezca y por la necesidad que tenga de laborar. El consentimiento manifestado, en el contrato de trabajo, por el trabajador, tiene características muy especiales, pues la autonomía de la voluntad esta restringida por las leyes laborales y es nula ipso jure, cualquier estipulación en contrario. Al contrario, toda manifestación de voluntad de las partes manifestada en un contrato de trabajo,

que represente para el trabajador mejores derechos y condiciones que el mínimo garantizado por la legislación, tiene plena validez y obliga a las partes.

Congruente con lo expuesto, el Artículo 49 del Código de Trabajo somete los contratos de trabajo (individuales o colectivos) existentes o futuros, a adaptarse a las condiciones de trabajo estipuladas en un pacto colectivo de condiciones de trabajo en las empresas, industrias o regiones que afecte, por ser ley profesional entre las partes.

En el contrato de trabajo, el consentimiento, se da más que todo en la manifestación de voluntad de las partes de entablar una relación de trabajo, pero la regulación de la relación de trabajo, corresponde obligadamente a un mínimo de condiciones y derechos fijados por la ley a favor del trabajador para nivelar la desigualdad económica existente en este, respecto a su patrono.

También como cualquier contrato, en el contrato de trabajo, existen vicios, los cuales son:

- **Error en la persona:** Siempre y cuando la contratación de dicha persona fuese la razón principal del contrato.
- **Dolo:** Es el artificio que se usa para llevar a otro a error, como aparentar otra edad o cualidad que no se tienen para poder contratar.
- **Violencia o intimidación:** En el derecho laboral, se puede presentar en casos en que el patrono para garantizar la permanencia y la subordinación del trabajador recurre a actos o hechos que lleven aparejada una intimidación. El ejemplo clásico se da cuando se intimida al trabajador a aseverar que recibe prestaciones mayores a las que en efecto percibe, tal como sucede en las maquilas con mayor frecuencia en nuestro medio.

4.7.1.3. Objeto

El doctor Franco López menciona “El objeto, en el Contrato de Trabajo, es una actividad idónea, un servicio que presta el trabajador en beneficio del patrono, quien en compensación del salario que paga tiene derecho a los frutos del trabajo.”⁴⁹

Es la causa que origina el contrato de trabajo. El objeto del contrato de trabajo es regular la relación laboral que del mismo se deriva, bajo los términos y condiciones lícitas y posibles manifestadas y aceptadas por las partes, fijar las condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra, tales como: la materia u objeto, la forma o modo de su desempeño, el tiempo de su realización, el lugar de ejecución y las retribuciones a que está obligado el patrono y sobre todo aquellos aspectos en que la voluntad de las partes superen el mínimo de derechos reconocidos por la legislación laboral a favor del trabajador. Se discute en cuanto a que sucede si el objeto del contrato es ilícito, lo anterior lleva implícita responsabilidad penal, civil, administrativa o de carácter laboral, hacia el patrono, porque exclusivamente él es el responsable por la licitud del objeto del contrato.

4.7.2. Elementos especiales

Llamados también elementos **propios, determinantes o resolutivos del contrato individual de trabajo**. Dentro de estos elementos están:

- Prestación personal del servicio.
- Subordinación.
- Salario.
- Ausencia de riesgo.
- Estabilidad

⁴⁹ Franco López, César Landelino. **Derecho colectivo sustantivo del trabajo**. Pág. 92.

4.7.2.1. Prestación personal del servicio

- **Elementos personales o subjetivos (las partes).**

- **El trabajador:** Es la persona individual o física que se obliga a prestar un servicio intelectual, material o de ambas clases o a la ejecución de una obra a favor de una persona individual o jurídica a cambio de una remuneración.

- **El patrono o empleador:** Es la persona individual o jurídica a cuyo favor y bajo su dependencia continuada y dirección inmediata delegada desarrolla su actividad laboral el trabajador, y la cual tiene la obligación de remunerar económicamente.

- **Elementos materiales u objetivos**

La relación de trabajo o laboral: Entendemos a la relación de trabajo o laboral, como la actividad personal prestada de hecho o mediante contrato, por cuenta y bajo dirección ajena, en condiciones de dependencia y subordinación.

Conforme nuestra ley estipula el doctor Franco López que “Es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada del patrono a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.”⁵⁰

4.7.2.2. Subordinación

Es el elemento esencial y más destacado del contrato laboral y determina la naturaleza jurídica de la prestación del servicio, es el eje central del contrato de trabajo.

El autor Fernández Molina estipula “Consiste en la voluntaria sujeción de una persona a seguir las instrucciones de otra persona dentro del contexto de los servicios pactados.

⁵⁰ **Ibid** Pág. 94.

Implica la disposición del trabajador de actuar, respetar y cumplir con las órdenes que se le imparta. Conlleva la facultad del empleador para exigirle al trabajador, ante todo, la prestación personal del servicio y por lo mismo, el cumplimiento, en cualquier momento, de la jornada, de órdenes relacionadas con la ejecución del trabajo, así como de imponerle condiciones y reglamentos.”⁵¹

López Larrave indica “que es la relación personal que, en virtud del contrato de trabajo, coloca al trabajador bajo la autoridad o mando y dirección inmediata del patrono o delegada en sus representantes para la realización del trabajo.”⁵²

Continua manifestando el autor que “La existencia de una relación de subordinación en la ejecución del trabajo, es suficiente para determinar la existencia de la relación laboral y esta la del Contrato de trabajo.”⁵³ La doctrina moderna, reconoce y acepta tres clases de subordinación:

- **Subordinación Técnica:**

Es supeditación que el trabajador debe saber acerca de la forma en que se debe ejecutar el trabajo, presupone como elemento los conocimientos superiores por parte del empleador.

- **Subordinación económica:**

Conlleva intrínsecamente el compromiso del trabajador de dar sus servicios en beneficios del empleador.

⁵¹ Fernández Molina, **Ob. Cit.** Pág. 89.

⁵² López Larrave. **Contrato por tiempo indefinido, a plazo y para obra determinada y de servicios profesionales.** Pág. 22.

⁵³ **Ibid.** Pág. 23

- **Subordinación económica:**

Hace referencia a un aspecto de contenido sociológico, concepto que obra mayor relieve en la medida que la mayor parte de la población depende de un salario para subsistir.

4.7.2.3. Salario

El salario, junto con la subordinación, constituye uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo y son básicos para determinar la existencia de la relación laboral, pues si existe subordinación y salario, no importa como se trate de disfrazar la relación jurídica-económica entre dos personas, se estará ante una relación laboral y por ende se tendrá como perfeccionado el contrato de trabajo y dicha relación quedará sometida a lo regulado en la legislación y derecho del trabajo.

Al entrar a analizar la figura laboral del salario, es indispensable que nos enfoquemos, desde el punto de vista del Artículo 1. Del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, que puede ser llamado también como **Convenio sobre la Protección del Salario**, al referirse al salario, lo define de la siguiente manera: “A los efectos del presente Convenio, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”⁵⁴

La revista trabajo, publicada por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en el año 2006, se refiere al salario, en sentido plural, **salarios**: “Sea cual fuere su denominación

⁵⁴ Este convenio entro en vigencia para Guatemala, el 13 de febrero de 1953.

o método de cálculo, es la remuneración debida por un empleador a un trabajador, en virtud del cumplimiento del contrato o relación de trabajo.”⁵⁵

El Artículo 88 del Código de Trabajo, establece “Salario o sueldo, es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud de cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos.”

La Constitución Política de la República, en el Artículo 102 hace referencia al salario, así: “... b). Todo trabajo será equitativamente remunerado...; c) Igualdad de salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad; d) Obligación de pagar al trabajador en moneda de curso legal...”. El problema salarial, constituye un tema importante tanto económica como socialmente, siendo una de las reivindicaciones más peleadas por los trabajadores.

4.7.2.4. Ausencia de riesgo

Muchos doctrinarios del derecho laboral, no incluyen en este elemento, el cual reviste características importantes. Debemos entender por riesgo: “Contingencia o probabilidad de un daño. Peligro.”⁵⁶

El riesgo como probabilidad de sufrir un daño en el campo jurídico, está vinculado con las responsabilidades provocadas con su acaecimiento. La doctrina acepta la ausencia del riesgo a favor del empleador por circunstancias especiales de la prestación del servicio, pretende con ello configurar más la razón de ser de esta figura, el trabajador actúa atendiendo las directrices del patrono, o sea el resultado de su actividad, ha sido previamente fijada lógicamente, si sucede cualquier daño queda relevado, por actuar conforme se le ha fiscalizado en sus labores, o por haber actuado conforme a lo

⁵⁵ **Ministros de Trabajo y previsión Social. Revista del trabajo.** Vol. II, Guatemala 2006.

⁵⁶ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 680.

estipulado en el contrato y en ausencia de este, de acuerdo a las directrices dadas en forma verbal.

El Artículo 88 del Código de Trabajo, menciona en el literal “c” primer párrafo lo siguiente: “Salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos. Salvo las excepciones legales, todo servicio prestado por un trabajador a su respectivo patrono, debe ser remunerado por éste... c) Por participación de utilidades, ventas o cobros que haga el patrono, pero en ningún caso el trabajador deberá asumir los riesgos de perdidas que tenga el patrono”. De lo anterior deducimos que la ausencia de riesgo del empleador con relación al patrono en lo relativo a los estados económicos de la empresa.

4.7.2.5. Estabilidad

La estabilidad es considerada como elemento del contrato de trabajo que sirve para fijar la naturaleza de este por el hecho de que por los servicios exigibles tengan cierta permanencia. La estabilidad se entiende que es para el trabajador la seguridad, la confianza de una ocupación duradera, lo cual viene a ser una garantía, dada la naturaleza y carácter alimenticio del salario para el sostenimiento de la familia.

De la Cueva, establece que “Estabilidad no en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a las relaciones de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono y del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador ajenas a la voluntad de la relación que haba imposible su continuación”.⁵⁷

Este elemento lo encontramos en nuestra legislación, regulado como presunción legal de que todo contrato individual de trabajo debe tenerse celebrado por tiempo indefinido, así: “Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, aunque se hayan ajustado a plazo fijo o para obra determinada, los que se

⁵⁷ De la cueva. **El nuevo derecho del trabajo**. Pág. 239.

celebren en una empresa cuyas actividades sean de naturaleza permanente o continuada, si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen.

En consecuencia, los contratos a plazo fijo o para obra determinada tienen carácter de excepción y solo pueden celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar.”

4.8. La simulación de los contratos de trabajo

4.8.1 La simulación y lo que sucede en el caso del contrato civil de honorarios profesionales y el contrato de trabajo

4.8.1.1 Aspectos doctrinarios y legales de la simulación

“Etimológicamente simulación se deriva del latín *simulatio, simulationis*, del verbo *simulare*, y estas palabras de la raíz latín *bemol, semel, similis*, sánscrita de la que se deriva *samo*, que significa lo mismo y de aquí el semejante, parecido a otro, *simulare*, aspecto y semejanza de verdad...”⁵⁸

El diccionario establece “que simulación se deriva de la voz simulación, acción de simular acepción forense, alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato y simular, representar una cosa, fingiendo o imitándolo que no es...”⁵⁹

Declara la nulidad de toda negociación en que una de las partes o ambas “hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, cualquiera que sea el sistema utilizado al efecto como hacer aparentar normas contractuales no laborales, interposición de personas o cualquier otro medio. Al quedar sin efecto el acto simulado

⁵⁸ Espín Cánovas, Diego. **Derecho civil español**. Pág.856.

⁵⁹ **Diccionario de la real academia de la lengua española**. Pág. 1202.

o fraudulento, se aplican las normas correspondientes al hecho o acto real que se quiso evadir.”⁶⁰

La simulación forma parte de los cuatro elementos que conforman los vicios del consentimiento, entre los cuales se encuentra el error, el dolo, la violencia y la simulación. Es así como el Artículo 1251 del Código Civil establece “El negocio jurídico requiere para su validez, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito” y, en el Artículo 1303 del mencionado Código establece que “El negocio jurídico es anulable por la incapacidad relativa de las partes o de una de ellas, y por los vicios del consentimiento.”

Para los autores mexicanos la simulación es rechazada manifestando que el trabajo no es una mercancía que se pueda negociar ante cualquier sujeto, y que todos los actos o condiciones que incluye en relación al trabajo y que favorecen al trabajador deben de respetarse.

4.8.1.2. Bosquejo histórico de la teoría de la simulación

El jurista Castan Tobeñas describe que La elaboración científica de la teoría de la simulación es reciente, tuvo su origen en la doctrina alemana; pero esto no quiere decir, que dicha institución hubiera pasado inadvertida en el derecho romano; pues en este derecho, la simulación en los negocios jurídicos, acarreaba su nulidad, es decir, que el negocio simulado no producía efectos jurídicos, porque el acto no era verdadero, la base de la nulidad en el sistema jurídico romano era de índole material, la falta de verdad sin entrar a considerar aspectos subjetivos o intencionales del simulador.⁶¹

La razón de la nulidad era concebida en términos estrictamente objetivos, en el sentido de que la verdad debía prevalecer sobre la ficción. El jurista romano no entraba, pues,

⁶⁰ Cabanellas, **contrato de trabajo**. Pág. 886

⁶¹ Castan Tobeñas, José. **Derecho civil**. Pág. 566.

a analizar el acto simulado en función de los elementos subjetivos del mismo (intención y declaración) sino que, limitando la esencia a un problema de forma, en cierto modo quedaba eliminada la simulación puesto que la forma cerraba la validez del acto.

Entonces pues, para los romanos, la voluntad interna mientras no se manifestaba, carecía de toda significación jurídica. Los negocios jurídicos eran fórmulas rígidas de valor absoluto, de ahí que no pudiera plantearse el problema de la simulación den los mismos términos en que modernamente se plantea.⁶²

Sigue comentando el autor que en el derecho de justiniano, aparecen los negocios no solemnes, en los cuales ya se reconocía una importancia relativa a la voluntad y así existe un pasaje de ulpiano en donde no correspondiendo la voluntad a lo manifestado en el negocio éste es declarado nulo y sin efecto.⁶³

En cambio, en los siglos XIV y XV, se llegó a estimar que la simulación era un pecado y se esforzaron los autores por encontrar diferencia entre, simulación, hipocresía y simulación buena y mala. Sobresale por sus trabajos al respecto, en esta época, el jurista Bartola.

El jurista Castan Tobeñas explica “que durante el renacimiento, surge de nuevo el derecho con más pureza y nitidez que en épocas anteriores: pero no se realizó ningún estudio ni orientación doctrinaria de importancia, porque los juristas volvieron a los estudios del derecho romano, puro y la aplicación de sus principios y conclusiones; ésta situación se mantiene aún en el siglo XVII.”⁶⁴

Pero en el siglo XVIII, los tratadistas alemanes y franceses se preocupan nuevamente de estudiar el problema, opinando que el negocio simulado carece de existencia jurídica y que no es susceptible de ratificación, si causa perjuicio a tercero o implica trasgresión

⁶² **Ibid.**

⁶³ Castan Tobeñas, **Derecho civil**, Pág. 568.

⁶³ **Ibid.** Pág. 569.

⁶⁴ **Ibid.** Pág. 570.

a las leyes. De este siglo es también el aporte de los jurisconsultos italianos, quienes persiguen obtener un concepto completo de simulación y encontrar las diferencias con otras figuras afines, sus clases y sus efectos, así como la manera de probarla en juicio y las acciones y excepciones pertinentes.

Con este material histórico, se ha integrado la teoría de la simulación; en nuestro país, aparece tratado el problema de la simulación, ya en forma técnica en el Código Civil, pero no existe un tratamiento unitario del negocio jurídico, concepto previo, sobre el cual se construye la teoría de la simulación, acudiendo a normas que regulan.

4.8.2. Definición

El tratadista Herrera Nieto menciona que simulación es “La declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”⁶⁵

4.8.3. Características de la simulación

Existe un sin fin de características en las que se encuentra la simulación, especialmente cuando se trata de este tema en forma doctrinaria; sin embargo, para efectos del presente estudio, se citará las siguientes características enunciadas por el tratadista Rojina Villegas:

- Es una declaración deliberadamente disconforme con la intención;
- Concertada de acuerdo con las partes;
- Para engañar a terceras personas.”⁶⁶

Características típicas e inherentes a los contratos de trabajo simulados como contrato administrativo de servicios técnicos o profesionales:

⁶⁵ Herrera Nieto, Bernardino. **La simulación y el fraude a la ley en el derecho del trabajo**, Pág. 86.

⁶⁶ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil III**. Pág. 438.

- Se paga una fianza por el valor del contrato, de lo contrario no puede asignarse los fondos para el pago de los servicios;
- Se tributa impuestos al Estado por el hecho de devengar honorarios;
- Se extiende factura contable, para poder cobrar el valor de los servicios;
- Se entiende un horario.

Lo más característico en el negocio simulado es la divergencia intencional entre voluntad y declaración. Lo interno, lo querido, y lo externo, lo declarado, están en oposición consciente. En efecto, las partes no requieren el negocio, quieren solamente hacerlo aparecer y por eso, emiten una declaración disconforme con su voluntad, que predetermina la nulidad del acto jurídico, y al mismo tiempo, sirve para promover una ilusión falaz a su existencia. Los que simulan pretenden que a los ojos de los terceros aparezcan formada una relación que en realidad, no debe existir, pero de la cual se quiere mostrar una exterioridad engañadora mediante una declaración efímera, vacía, ficticia, destinada únicamente a deslumbrar al público.

Otras características negativas al celebrarse contrato de servicios profesionales como una simulación de contrato individual de trabajo son:

- No se registra en la oficina que se encarga de llevar el control de contratos de trabajo.
- No genera pasivo laboral para a favor del trabajador (indemnización, y demás prestaciones de ley);
- Existe subordinación, un horario, un lugar de trabajo o sea centro de trabajo;
- Cuando se realizan los contratos entre instituciones del Estado y particulares, no se acoge el particular como trabajador al régimen del seguro social.

4.8.4. Clasificación

Existen básicamente dos clases de simulación: **La simulación absoluta** y la **simulación relativa**. Estas dos clases de simulación se encuentran establecidas en el Artículo 1285 del Código Civil que dice: “**La simulación es absoluta** cuando la declaración de voluntad nada tiene de real, y **es relativa**, cuando un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.”

También se regula que la simulación tiene lugar:

- Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose apariencia de otro de distinta naturaleza;
- Cuando las partes confiesan o declaran falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y,
- Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas para mantener desconocidas a las verdaderamente interesadas.

4.8.4.1. Simulación absoluta

Es la forma más simple de la simulación, supone haberse creado la apariencia de un negocio, y, en verdad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan solo a su apariencia engañosa. Se oculta la apariencia de causa. Alonso Olea, citado por Castan Tobeñas, expresa “que en este proceder se pone de manifiesto una fuerte restricción en la autonomía de la voluntad de las partes, porque no son éstas sin la ley, quien decide, no sólo sobre la nulidad de un contrato o cláusula, sino que también sobre los efectos de la anulación. Agrega, por otro lado, se acredita así también la vigencia del principio de la conservación o continuidad del contrato, como lo hemos denominado. **Si la simulación es absoluta**, nos encontramos ante un contrato sin causa o causa falsa y por lo tanto en nulo.”⁶⁷

4.8.4.2. Simulación relativa

Rojina Villegas preceptúa: “La simulación relativa consiste en disfrazar un acto, en ellas se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que a su verdadera naturaleza, permanezca secreta. La figura aparente del negocio solo sirve para engañar al público, pero, detrás de esa falsa

⁶⁷ Castan Tobeñas, **Ob. Cit.** Pág. 444.

apariencia, se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer el conocimiento de los terceros.”⁶⁸

4.8.5. Elementos de la simulación

Los elementos de la simulación se dividen en:

- Elementos personales.
- Elementos objetivos.

4.8.5.1. Elementos Personales

Las partes simulantes.

► El concepto de tercero.

Las partes de la simulación integran el primer elemento al analizar los elementos subjetivos de la simulación, de ahí que el concepto de parte o partes, junto con el tercero, sea necesario distinguirlos:

- Se entiende por parte todo aquel sujeto que participa en un acto o negocio jurídico simulado. Ejemplo: respecto al contrato traslativo de dominio, lo serán respectivamente el enajenante simulado o fingido (aquel que declara enajenar y no enajena) así como también el adquirente simulado, (aquel que declara adquirir pero no adquiere en realidad).
- También se entiende por parte, según Herrera Nieto, el representante en caso que exista de cada uno de los contratantes, el heredero de cada contratante, y también, bajo ciertos aspectos, el causahabiente del mismo, se equiparan al que participa en un acto o negocio simulado y el inductor del acto falso o el que acepta conscientemente su perpetración también será equiparado al concepto de parte y excluido del concepto de tercero.⁶⁹

⁶⁸ Rojina Villegas, **Ob. Cit.** Pág. 585.

⁶⁹ Herrera Nieto, **Ob. Cit.** Pág.96.

- Son terceros, los interesados en los efectos de la simulación:

► **El subadquirente** o causahabiente de uno de los que participan en el contrato simulado es decir, quien adquiere un derecho de uno de los participantes en el contrato simulado (Ej. Un derecho real).

► El acreedor de uno de los participantes en el contrato simulado.

► Todos los que resulten perjudicados en sus derechos por el contrato simulado.

4.8.5.2. Elementos objetivos

- El acuerdo simulatorio.
- Declaración simulatoria.
- Las contra-declaraciones.

- **El acuerdo simulatorio**

La organización de las parte, para orientar y dar vida a sus declaraciones, como un medio para ocultar la verdadera naturaleza del negocio que pretenden realizar o en realidad no realizar ninguno, es lo que se denomina acuerdo simulatorio, sigue mencionando el autor “Para esto no basta que una parte haga su declaración en desacuerdo con su íntimo pensamiento sino que es imprescindible también que el otro contratante formule su declaración igualmente fingida y en inteligencia con el primero”.⁷⁰ El acuerdo simulatorio no constituye la simulación, sino que la facilita, la prepara. Es decir, que el primer paso en la simulación (aparentar) o en la disimulación (ocultar), está conformado por el acuerdo simulatorio. Dicho acuerdo, puede redactarse por escrito, pero por regla general es verbal.

Es conveniente analizar la naturaleza jurídica del mencionado acuerdo simulatorio; y dice que no hay uniformidad de pareceres entre los autores sobre este tema; pero hace

⁷⁰ **Ibid.** Pág. 98.

resaltar que las partes que concurren al acuerdo no solo declaran su voluntad de llevar adelante la simulación, sino que sobre la base del acuerdo limitan la eficacia del negocio simulado, al privarle de su aparente función económico jurídica; y, por último, se obligan entre sí, al celebrar el negocio simulado, y en la simulación relativa a celebrar también el negocio disimulado. De ahí que se diga que el acuerdo simulatorio es una actividad preparatoria del negocio simulado o momento prenegocial.

El acuerdo por sí solo no perfecciona la simulación, como ya se anotó anteriormente; la simulación necesita siempre el complemento de otro elemento distinto en el cual quede plasmada la apariencia, este elemento no es otro que la declaración de la voluntad.

- **La declaración simulatoria**

La declaración es la proyección externa del acuerdo simulatorio, y va dirigida a surtir efectos ante terceros; es una declaración atestativa, es decir, independiente de lo que las partes hayan podido realizar para medir y fijar sus respectivos intereses. La declaración simulatoria menciona el profesor Herrera Nieto que es “La declaración o acto jurídico aparente sirve para ocultar la existencia de un negocio o para aparentar otro inexistente, a través del cual, la parte o partes interesadas manifiestan detentar la titularidad o no titularidad de un derecho que, de una u otra forma, afecta a los intereses de terceros.”⁷¹ Entre el acuerdo y el negocio simulado, existe una relación íntima y estrecha; y en consecuencia el negocio simulado viene a ser un acto de ejecución del acuerdo simulatorio.

- **Las contra-declaraciones**

La declaración Inter-partes, más conocida como contradecларación, por no estar orientada a terceros, sino tan sólo opera entre las partes simulantes, sin otro fin que el de prevenir los abusos que pudieran surgir entre las mismas y también por no estar ligada a la idea de engaño; constituye un elemento accesorio a la simulación que puede

⁷¹ **Ibid.** Pág.100.

existir o faltar, pero que en ningún caso se presenta como elemento constitutivo de la misma.

Como dice muy acertadamente Herrera Nieto; “La prueba de la simulación no es la prueba de las contradecaraciones, sino la prueba de la simulación misma.”⁷²

Las contradecaraciones se consideran como expresión de la voluntad de ejecutar el acuerdo simulatorio, con alcance sólo en las relaciones internas entre las partes simulantes. Son documentos probatorios que contienen declaraciones atestativas no cualificadas.

En virtud de lo dicho podemos afirmar que la simulación tiene una evolución dialéctica propia y es un fenómeno jurídico esencialmente dinámico que se realiza por grados, en cuya ordenación merecen destacarse los siguientes elementos: el acuerdo simulatorio, el negocio simulado, el acto de consumación de engaño y, las contradecaraciones.

⁷² **Ibid.** Pág.102.

CAPÍTULO V

5. El contrato de servicios profesionales constituye un medio del patrono para evadir el pago de prestaciones laborales

Son las líneas, directrices o postulados que informan e inspiran directa o indirectamente la doctrina y las normas jurídicas del derecho del trabajo y que sirven de base para promover la promulgación de nuevas normas o para orientar la integración o la interpretación de las existentes para resolver los casos no previstos por estas. Estos principios, cumplen una triple función:

- **Función informadora:** sirven para fundamentar la promulgación de nuevas normas.
- **Función normativa:** sirven como fuente supletoria y son medio para la integración del derecho.
- **Función interpretativa:** orientan al juzgador para una mejor aplicación de las normas.

5.1 El contrato de servicios profesionales

Es pertinente resaltar que atendiendo a la naturaleza civil del contrato en mención se le analizará desde ese punto de vista. En ese sentido cabe señalar que el negocio Jurídico como tal, se origina en el derecho romano, como una forma de obligarse, sin embargo no se le denominaba así se le llamaba simplemente como pacto o convenio, entendiéndose como pacto o convenio una estipulación hecha por una persona a favor de otra, mediante un simple acuerdo o bien a favor de ciudad, sociedad o varias personas. De Lítala, Luigi, expresan que: “La convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”⁷³

⁷³ De Lítala, Luigi. **Los contratos especiales de trabajo**. Pág. 44.

Cabanellas menciona que contrato es: “El acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”⁷⁴

Por su parte el tratadista español Puig Peña, lo define así: “Aquel acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud de la cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.”⁷⁵

5.2. Definición

Muchos autores lo denominan también como **contrato de prestación de servicios**, como Cabanellas que expresa al respecto que: “Es aquel contrato mediante el cual una persona se compromete a trabajar durante un lapso, mediante una remuneración proporcional al tiempo, llamado salario.”⁷⁶

Espín Cánovas menciona que “El contrato de servicios profesionales es aquel en virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario.”⁷⁷

El profesor Espín Canovas expresa que “Los servicios profesionales se caracterizan por la confianza del cliente en la pericia del profesional y la libertad de éste en cuanto a la forma de conseguir el resultado perseguido (aunque no contratado); el profesional, en principio, trabaja bajo su propia dirección y sin someterse al criterio del que encarga los servicios, siquiera éstos se prestan en provecho del cliente.”⁷⁸

La doctrina y tratadistas, se inclinan por denominarlo como un **contrato de locación de servicios**. Ossorio, lo define así: “contrato consensual que tiene lugar cuando una de

⁷⁴ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 98.

⁷⁵ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil.** Pág. 875.

⁷⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Pág. 93.

⁷⁷ Espín Cánovas, **Ob. Cit.** Pág.876.

⁷⁸ **Ibid.** Pág. 878.

las partes se obliga a prestar un servicio y la otra a pagarle por el mismo un precio en dinero.”⁷⁹

Por su parte Cabanellas, citando a Puig Peña, preceptúa: “Locación de servicios es un contrato por el cual una persona pone su actividad y sus talentos profesionales al servicio de otra persona por un tiempo determinado o indeterminado.”⁸⁰

5.3. Principios que rigen el contrato de servicios profesionales

5.3.1. Consensualita

Este se refiere al fundamento filosófico de las obligaciones como género y aún más de los contratos como especie y básicamente se fundamenta en el acuerdo de voluntades para lograr su perfección.

Como consecuencia de este principio, el contrato de servicios profesionales se perfecciona por el mero acuerdo entre las voluntades de las partes y desde el instante en que el mismo se presta. Son consecuencias ya que para su eficacia no se requieren determinadas formalidades que caracterizan a la especie opuesta o sea a la del contrato real.

Para darse este principio, también es conveniente que se de otro elemento, como es la aceptación, siendo una etapa fundamental en el desarrollo del principio consensual, pues es la manifestación del consentimiento acorde como productor de efectos jurídicos, en resumen, consiste en admitir la proposición hecha o el encargo conferido, y estos elementos son requisitos indispensables para que se pueda dar un contrato civil.

⁷⁹ Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.** Pág. 438.

⁸⁰ Puig Peña, **Ob. Cit.** Pág. 885.

5.3.2. Principio de la autonomía de la voluntad

Este principio también es conocido en la doctrina como dogma de la soberanía contractual, estriba entonces, en la libertad y autonomía en la determinación de las estipulaciones de los intereses de las partes en el vasto campo de las obligaciones, ya que dentro de un contrato civil, los contratantes tienen una amplitud para crear y regular sus propios intereses que se van a manifestar en un negocio jurídico contractual.

El Código Civil, Decreto Ley número 106, establece en su Artículo 1256 que “cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden utilizar lo que juzguen conveniente”, esta disposición permite con toda libertad que las personas puedan hasta hacer uso de los contratos atípicos o innominados con el objeto de constituir un negocio jurídico, naturalmente con las limitaciones que la misma ley impone, en el sentido de que no sea contrario al orden público, a la ley, la moral y a las buenas costumbres.

5.3.3. Principio del formalismo

Este principio tiene íntima relación con los dos anteriores, pero fundamentalmente con el principio del consensualismo y, para ello conviene decir que la forma significa la expresión palpable de voluntad de las partes y constituye la constancia de un negocio jurídico. Vale agregar que el formalismo es régimen legal que impone, en determinados actos jurídicos cierta forma inexcusable o formal, de tal suerte que concretamente se refiere al cumplimiento de ciertos requisitos establecidos por la ley para que pueda producir efectos jurídicos un contrato civil o bien un negocio contractual.

5.4. Elementos

Dentro de los elementos característicos del Contrato de Servicios Profesionales, tenemos los siguientes:

5.4.1. Elementos personales

- **Profesional**

“Es quien por profesión o por hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos”.

Cabanellas, al respecto preceptúa: “Es el empleo, facultad, u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente. Ese concepto omite dos fundamentos: la de permanencia casi coincidente con la vida útil de la persona; y la de retribución o los ingresos, como la compensación del esfuerzo y por la necesidad, en los más, de hacer frente a los gastos personales y familiares con el ejercicio profesional.”⁸¹ Este elemento es quien se obliga a prestar el servicio. Tampoco hay en la legislación una definición de lo que se debe entender por profesional.

El Código Civil, nos hace referencia generalmente en los siguientes términos: “Las personas que, sin tener título facultativo o autorización legal, prestaren servicios profesionales para los cuales la ley exige ese requisito, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho a retribución y serán responsables de los daños y perjuicios que hubieren ocasionado.”

Las sanciones de tipo penal, que configura nuestro ordenamiento penal, tipifican como **usurpación de calidad** “Quien se arrogare título académico o ejerciere actos que competen a profesionales, sin tener título o habilitación especial, será sancionado con multa de quinientos a tres mil quetzales. Si de las resultas del ilegal ejercicio, se derivare perjuicio a tercero, la sanción señalada en el párrafo que antecede, se elevará en una tercera parte.”

⁸¹ Cabanellas, **Ob. Cit**, Pág. 420.

Es pertinente puntualizar que el contrato de servicios profesionales, únicamente puede ser celebrado por personas capacitadas en determinada rama y que posean el título facultativo o en su defecto la incorporación necesaria, consecuentemente al hacerse con personas que no posean dichas cualidades, dicho contrato deviene nulo y le hace además responsable del pago de daños y perjuicios. La persona que se obliga a prestar el servicio profesional lo debe realizar en forma personal, pues lo que se busca son sus conocimientos pericia en determinado trabajo.

- **Ciente:**

El doctor Ossorio preceptúa “Quien requiere con constancia los servicios profesionales de otro”.⁸² Como se dijo anteriormente el Código Civil, al referirse a esta modalidad o sea al contrato de servicios profesionales, no hace mención a esta palabra, solo dice “a quienes lo soliciten, si varias personas encomendaren.”

A diferencia del profesional, que es requerido por sus cualidades específicas, el cliente puede contratar la prestación del servicio profesional por medio de su representante, como en la mayoría de veces que es una sociedad, o una institución que delega estas funciones en el representante legal.

5.4.2. Elementos reales

Siendo un contrato bilateral, en donde hay prestaciones a cargo de las dos partes, debemos analizar (I) el servicio profesional y (II) los honorarios.

- **El servicio profesional:**

Se debe entender por este elemento el hecho o la justificación por la cual se busca a determinado profesional, pues tiene relación con la preparación académica e intelectual que ostenta la persona que es contratada.

⁸² Ossorio, **Ob. Cit.** Pág. 128.

Puede estar constituido por la obligación de realizar actos jurídicos, como también por actos materiales, El servicio debe consistir en una obligación de hacer y es inconcebible que la prestación del profesional sea una obligación de dar o de no hacer.

- **Honorarios**

Cabanellas menciona que es “Remuneración, estipendio o sueldo que se concede por ciertos trabajos. Generalmente se aplica a las profesiones liberales, en que no hay relación de dependencia económica entre las parte, y donde fija libremente su retribución el que desempeña la actividad o presta los servicios.”⁸³

Ossorio estipula “Se llama honorarios a la retribución que recibe por su trabajo quien ejerce o practica una profesión o arte liberal. Lleva implícito el concepto de una retribución que se da y recibe como honor, dada la jerarquía de quien realiza la tarea específica que debe ser remunerada.”⁸⁴ Los honorarios constituyen la remuneración a que el profesional tiene derecho, por la prestación del servicio al cliente. Los honorarios normalmente se pactan en dinero, pero nada hay que impida que lo sean en especie, en tanto sean determinados o determinables.

De conformidad al Artículo 2027 del Código Civil, “Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago”. Regularmente siempre se pactan los honorarios y en el supuesto caso que no se estipulen, se aplica supletoriamente el cobro de honorarios conforme a arancel.

La doctrina y nuestra legislación reconocen la validez jurídica del **pacto cuota litis**, en cuanto al cobro de honorarios, así el Artículo 2032 del Código Civil, lo estipula: “Salvo pacto en contrario, los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido.” Este modo de pactar y aceptado por nuestra legislación permite

⁸³ Cabanellas, **Ob. Cit**, Pág. 190.

⁸⁴ Ossorio, **Ob. Cit**, Pág. 355.

a los profesionales convenir en que su retribución dependa del éxito o resultado del negocio o asunto en el que hubieren intervenido.

El tratadista Cabanellas, lo define así “Es el convenio que celebra un abogado con su cliente para patrocinarlo o cambio de percibir una cuota parte del objeto del litigio, para el supuesto de ganar el pleito. Comprende asimismo la análoga convención realizada por un procurador.”⁸⁵

5.5. Forma

La forma de los contratos de servicios profesionales es primordial y fundamentalmente consensual, se opone a los contratos solemnes o formales y se rige, en consecuencia, por las reglas generales de la contratación.

En ese sentido es aplicable lo dispuesto en el capítulo III del libro V del Código Civil, que se refiere a la **forma de los contratos**, especialmente lo previsto por el Artículo 1574, el cual prevé que: “toda persona puede contratar y obligarse: 1º . Por escritura pública; 2º. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3º. Por correspondencia; y 4º. Verbalmente. “

5.6. Efectos

En cuanto a los efectos del contrato de servicios profesionales, es necesario tomarse en cuenta desde los derechos y obligaciones derivados del mismo.

5.6.1. Obligaciones y derechos del profesional

Prestar el servicio en la forma, en el tiempo y en el lugar convenido, o en la forma, tiempo y lugar que se requieran técnicamente conforme a la naturaleza del negocio.

⁸⁵ Cabanellas, **Ob. Cit**, Pág. 288.

El Artículo 2033 del Código Civil, estipula: “El profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate y siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente”.

- El profesional no puede separarse de la prestación del servicio contratado, sino dar aviso con la debida anticipación a su cliente... “Artículo 2034 del Código Civil.”

- Debe guardar con toda reserva, los secretos que el cliente le confíe, con motivo de la prestación de los servicios. La inobservancia de la anterior obligación es de tal magnitud que el Código Penal, lo tipifica como delito, así el Artículo 223 dispone: **revelación de secreto profesional**. “Quien, sin justa causa revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, si con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio será sancionado con prisión de seis meses a dos años y multa de cien a unos mil quetzales.”

- Guardar lealtad con su cliente.

- El servicio del profesional debe ser prestado con toda diligencia y dedicación, con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate.

5.6.2. Derechos y obligaciones del cliente

Generalmente entre los derechos y obligaciones del cliente, están los siguientes:

- Pagar los honorarios convenidos. La obligación en mención, se regula en los Artículos 2027, 2028 y, 2029 del Código Civil, específicamente esta última disposición, al establecer el derecho del profesional a la retribución lo que correlativamente impone a la persona que lo contrato la obligación de pagarles sus honorarios.

- Reembolsar el cliente al profesional los gastos en que éste haya incurrido en la prestación del servicio, previa justificación y comprobación por parte de este último.
- Derecho de rescindir el contrato en caso de inconformidad en los términos señalados por el Artículo 2035 del Código Civil, el cual contempla que: “Si la persona que contrato los servicios no está conforme con su desarrollo o con los actos o conducta del profesional, puede rescindir el contrato pagando el trabajo y los gastos efectuados...”.

5.7. Características del contrato de servicios profesionales

Tomando en cuenta la legislación nacional en el ramo Civil, y lo que la doctrina de la materia nos ha enseñado, se puede afirmar con propiedad que el contrato de servicios profesionales posee las siguientes características:

- Es un contrato fundamentalmente consensual;
- Una de las partes pone las condiciones lo términos de referencia y el profesional establece el valor del servicio;
- Es esencialmente remuneratorio;
- El profesional competente el resultado de su trabajo especializado;
- Los profesionales al ejecutar su profesión liberal gozan de una independencia absoluta, aunque los clientes los busquen constantemente;
- A pesar de trabajar por contrato en una empresa o con el estado, no se ligan permanentemente a ellos y no es necesario que estén sujetos a un horario es decir, no hay relación de subordinación;
- Los horarios se pactan libremente o conforme el arancel y se fijan atendiendo a la calidad profesional de la persona que contratan.

5.8. Regulación legal

Nuestro ordenamiento jurídico civil trata, lo relativo al contrato de servicios profesionales, en el título XII de la segunda parte del libro V, específicamente en los Artículos 2027 al 2036. El contenido de alguno de esos Artículos ya fue mencionado en párrafos precedentes, sin embargo, para una mayor claridad a continuación se transcribe dicho Artículo, resaltando como una nota peculiar el hecho de que no se define el contrato objeto de estudio, con lo cual el Código Civil se aparta de la técnica contemplada de otros contratos que si son definidos.

- **Artículo 2027.** “Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre horarios y condiciones de pago.”
- **Artículo 2028.** “A falta de convenio, la retribución del profesional se regulará de conformidad con el arancel respectivo y, si no hubiere, será fijada por el juez, tomando en consideración la importancia y duración de los servicios y las circunstancias económicas del que debe pagarlos.”
- **Artículo 2029.** “El profesional tiene derecho, además de la retribución a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servicios prestados, justificándolos y comprobándolos debidamente.”
- **Artículo 2030.** “Si varias personas encomendaren un negocio o solicitaren servicios profesionales en un mismo asunto, serán solidariamente responsables por el pago de los honorarios y gastos causados con tal motivo.”
- **Artículo 2032.** “Salvo pacto en contrario, los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido”.

- **Artículo 2033.** “El profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente.”
- **Artículo 2034.** “Cuando un profesional no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar con la debida anticipación, según la naturaleza del trabajo, a la persona, que lo contrató, quedando responsable de daños y perjuicios si se separare sin dar aviso y sin dejar persona competente que lo sustituya.”
- **Artículo 2035.** “Si la persona que contrató los servicios no está conforme con su desarrollo o con los actos o conducta del profesional, puede rescindir el contrato pagando el trabajo y los gastos efectuados, cantidad que fijará el juez, si hubiere desacuerdo entre las partes.”
- **Artículo 2036.** “Las personas que, sin tener título facultativo o autorización legal. Prestaren servicios profesionales para los cuales la ley exige ese requisito, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho a retribución y serán responsables de los daños y perjuicios que hubieren ocasionado.”

El Contrato de Servicios Profesionales, es de los llamados típicos y nominados. Así mismo, dicho contrato, tiene por objeto la prestación de servicios profesionales. La doctrina, lo clasifica como un contrato especial, y sobre todo se le atribuye una modalidad del **contrato de mandato, del contrato de obra.**

Dada las diferentes teorías y enfoques que se le dan a este tipo de contrato, a continuación en forma breve se desarrollará, la naturaleza jurídica del mismo, para poder entender en forma clara esta institución.

1) **Como una modalidad de mandato:** Esta teoría compara la actividad profesional a la locación de servicios y, por ende, al ubicar la prestación de servicios profesionales

dentro del mandato, pretendía asegurar esa distinción. Se dice sobre todo en esta corriente que mediante el contrato de servicios profesionales, el cliente “encarga” al profesional un asunto o negocio que requiere de los conocimientos y experiencia especializados del contratado. Dentro de las críticas a esta teoría están las siguientes:

- Por medio del contrato de mandato se habilita al mandatario para que entable relaciones futuras con terceros, el resultado regularmente se manifestará en el patrimonio del mandante.
- A través del mandato, el mandatario se encarga de la ejecución de determinados actos jurídicos; en cambio por el contrato de servicios profesionales, regularmente no se requiere del profesional la realización de actos jurídicos propiamente dichos.
- Se señala que esta teoría resulta insatisfactoria, ya que el mandato, se hace énfasis o relevancia en la representación, en cambio en los servicios profesionales lo relevante es el trabajo y la calidad del profesional que ejecuta cierto trabajo.
- El contrato de servicios profesionales nunca es gratuito, en cambio el mandato si lo puede ser.
- **Como locación de servicios.** Se dice que el contrato de servicios profesionales no es más que un contrato de locación de servicios o de trabajo. Por medio de este contrato el profesional se obliga a prestar sus servicios en forma personal a otra persona llamada cliente a cambio de una retribución o remuneración llamada comúnmente salario.

Este enfoque podría ser válido cuando entre el profesional y el cliente existe dependencia continuada y dirección inmediata (Artículo 18 Código de Trabajo) y salario, en vez de honorario. Por ejemplo, el caso del asesor jurídico de una empresa cuyos

servicios se sujetan a un horario y a un sueldo, el médico que trabaja como “interno” en un hospital o el ingeniero que presta permanentemente sus servicios a una empresa constructora.

Espín Canovas, señala que “Aunque el profesional preste sus servicios como trabajador, la labor de los profesionales es siempre la misma, sea que trabajen a sueldo o por cuenta propia; también son iguales sus responsabilidades morales, profesionales, civiles y penales...”⁸⁶

- La crítica que recibe esta teoría es que el profesional realiza sus labores con absoluta independencia de criterio, ello no les obliga a seguir las instrucciones de la persona que los contrata sobre la forma de realizar su trabajo.
- Otra contradicción al respecto es que el contrato de servicios profesionales está en oposición con el contrato de trabajo, precisamente en la independencia que en todo sentido, caracteriza la prestación del profesional. En el contrato de servicios profesionales no se da una relación de dependencia, ni de sujeción a la dirección del cliente, sino precisamente una relación contractual civil en donde no se establecen garantías mínimas ni mucho menos irrenunciables para el contratado.
- Como contrato autónomo. El contrato de servicios profesionales al tener todos los elementos y características propios de un contrato lo hacen un contrato típico y principalmente nominado, diferenciándolo de los contratos de mandato y el de locación de obra.

Independizado el Contrato de Trabajo y el de empresa del arrendamiento o locación, como lo consideraba el Código de Trabajo del 77, necesario resulta establecer este contrato con disposiciones que lo caracterizan como autónomo de servicios profesionales, separándonos de la antigua denominación de arrendamiento y aun de las

⁸⁶ Espín Canovas, **Ob. Cit.** Pág. 880.

opiniones que lo enmarcan entre el mandato, empresa o contrato innominado” pues la naturaleza de tales servicios requieren adecuada legislación”.

De acuerdo con los aspectos doctrinarios mencionados y lo normado en nuestra legislación, se puede afirmar que el contrato de servicios profesionales es un contrato típico, regulado con sustantividad en la legislación positiva, y el cual no incluye cláusulas que lo deformen o combinen con otros también susceptibles de independencia en concepto y régimen.

De lo anterior y agregado a ello lo expuesto por el licenciado Viteri, se afirma que las características del Contrato de Servicios Profesionales, son las siguientes:

- Requiere que una de las partes sea un profesional.
- Esa parte se obliga a prestar sus servicios técnicos a la otra, con independencia y libertad.
- Esa parte asume una obligación de medios y no de resultados, pues no se compromete a entregar una obra concluida a satisfacción de la otra.
- La relación puede ser terminada en cualquier tiempo por el cliente, sin necesidad de expresión o prueba de causa justa; y.
- La contraprestación no es un precio, sino un honorario.

5.9. Clasificación

Para un mayor entendimiento trataremos de explicar brevemente la clasificación que se le da a este contrato:

5.9.1. Es bilateral

Ambas partes se obligan recíprocamente.

“... Son bilaterales si ambas se obligan recíprocamente “Art. 1587 del código Civil.

5.9.2. Es consensual

Es suficiente y basta con el simple consentimiento de las partes para que el contrato se perfeccione.

“Son consensuales cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos...” Artículo 1588 del Código Civil.

5.9.3. Es oneroso

Se entiende que es oneroso cuando las partes estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

5.9.4. Es conmutativo

Las prestaciones de las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de modo que ellas pueden apreciar el beneficio o la pérdida derivada del mismo.

“El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste...” Artículo 1591 del Código Civil.

5.9.5. Es intuito personae

El tratadista Cabanellas estipula que “Por razón de la persona o en consideración a ella. Se refiere a las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o razón, sino al respeto que alguien merece.”⁸⁷ El profesional es elegido por el cliente por sus cualidades personales, por lo cual no puede delegar su cargo.

5.9.6. Es de tracto sucesivo

El profesor Cabanellas lo define como “El contrato de prestación de servicios profesionales, no agota la finalidad que persiguen las partes con su simple celebración, sino que es un medio para obtener los resultados que en definitiva pretenden las partes y las obligaciones que genera para el profesor deben cumplirse con posterioridad (lapso más o menos largo) a la celebración del contrato...”⁸⁸

5.9.7. Es principal

Para su existencia y validez del contrato no depende de la existencia o validez de otro contrato. “Son principales cuando subsisten por sí solos...” Artículo 1589 del Código Civil.

5.10. Principios del derecho del trabajo

5.10.1. Definición de principio de estabilidad

Con este principio se trata de asegurar al trabajador una relación laboral más o menos estable. Entendiéndose por estable, lo que conlleva una tranquilidad desde el punto de vista emocional, económico y psicológico, sin tener que estar el trabajador pendiente de

⁸⁷ Cabanellas. **Ob. Cit**, 212.

⁸⁸ **Ibid.** Pág. 214.

la fecha en que concluirá su contrato, y sobre todo la incertidumbre si lo recontrataran o no, y sobre todo en que condiciones se dará la misma.

Es el derecho que todo trabajador tiene de pretender una relación laboral que le garantice la satisfacción de necesidades propias y de su familia por medio de un salario seguro y continuado, derecho derivado de la consideración constitucional de que el trabajo es un derecho y una obligación social.

- “El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social.” El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social”. Artículo 101 de la constitución política.
- Artículo 102, inciso “O” de la Constitución Política: “Obligación del empleador de indemnizar con un mes de salario por cada año de servicios continuos cuando despida injustificadamente o en forma indirecta a un trabajador, en tanto la ley no establezca otro sistema mas conveniente que le otorgue mejores condiciones”.
- Código de Trabajo, en el Artículo 26: “Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrato. Deben tenerse siempre como contratos a plazo indefinido, aunque se hayan ajustado a plazo fijo o para obra determinada, los que se celebren en una empresa cuyas actividades sean de naturaleza permanente o continuada , si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen. En consecuencia los contratos a plazo fijo y para obra determinada tienen carácter de excepción y solo pueden celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar”. La estabilidad laboral, se encuentra protegida por la legislación laboral con las siguientes medidas:

Sólo puede darse la terminación de los contratos de trabajo **responsabilidad para las partes**: por mutuo acuerdo de las partes; por voluntad de una de ellas (renuncia del

trabajador, llenando los requisitos de ley) y el patrono únicamente puede despedir un trabajador por causa imputable al trabajador de las contempladas en el Artículo 77 del Código de Trabajo, siempre que este derecho se ejercite en el plazo allí estipulado.

5.10.2. Definición de principio continuidad

El principio de continuidad, también se le llama de permanencia.

Este principio esta recogido en el Artículo 23 del Código de Trabajo, en lo referente a la **sustitución patronal**: “la sustitución del patrono no afecta los contrato de trabajo existentes, en perjuicio del trabajador. El patrono sustituido queda solidariamente obligado con el nuevo patrono por las obligaciones derivadas de los contratos o de las disposiciones legales, nacidas antes de la fecha de la sustitución y hasta por el término de seis meses. Concluido el plazo, la responsabilidad subsistirá únicamente para el nuevo patrono. Por las acciones originadas de hechos u omisiones del nuevo patrono no responde, en ningún caso, el patrono sustituido.”

5.11. Vulneración del principio de estabilidad y continuidad laboral

Tal como se dejó indicado en nuestro medio es común y práctica constante que muchas empresas o instituciones del estado, utilicen el servicio de contratos profesionales como una modalidad de contratación una típica relación de trabajo con dicha práctica se menoscaban y vulneran los derechos de los trabajadores, pudiendo señalar entre otros, el de la estabilidad y continuidad por varias empresas o instituciones del estado, se use está modalidad de contratación con el objeto de no adquirirlo se le llama **pasivo laboral**, en el que va incluido el derecho a la indemnización, así como una eventual jubilación por estar excluidos del seguro social y del régimen de clases pasivas del Estado. Es usual en dichos contratos incorporar la cláusula, en que el contrato podrá rescindirse por mutuo consentimiento o darse por terminado por la **empresa** sin responsabilidad alguna de su parte, en la fecha que decida el **presidente ejecutivo del consejo de administración**, si a su juicio el **profesional** no cumpliera con sus

obligaciones en forma satisfactoria, sin perjuicio de hacer efectiva la fianza, o a conveniencia e interés de la **empresa**.

5.12. Características del contrato de servicios profesionales

Tomando en cuenta la legislación nacional en el ramo Civil, y lo que la doctrina de la materia nos ha enseñado, se puede afirmar con propiedad que el contrato de servicios profesionales posee las siguientes características:

- Es un contrato fundamentalmente consensual;
- Una de las partes pone las condiciones o términos de referencia y el profesional establece el valor del servicio;
- Es esencialmente remuneratorio;
- El profesional compromete el resultado de su trabajo especializado;
- Los profesionales al ejecutar su profesión liberal gozan de una independencia absoluta, aunque los clientes los busquen constantemente;
- A pesar de trabajar por contrato en una empresa o con el estado, no se ligan permanentemente a ellos y no es necesario que estén sujetos a un horario es decir, no hay relación de subordinación;
- Los honorarios se pactan libremente o conforme al arancel y se fijan atendiendo a la calidad profesional de la persona que contratan.

5.13. Necesidad de legislar la modalidad del contrato de servicios profesionales dentro de la legislación laboral

La práctica ha demostrado que existe mucha oferta y poca demanda, en sentido de trabajo, situación que apareja lógicamente que los dueños de los medios de producción tergiversen o se aprovechen de esta situación. Al contratar a una persona, prácticamente éstas lo hacen, desconociendo el sentido o espíritu del mismo, porque como repito al no existir fuentes de trabajo, la persona que es contratada bajo la denominación de servicios profesionales, acepta. Otros aspectos, que son importantes especificar en cuanto a la necesidad de que se legisle el contrato de servicios dentro de

la legislación laboral, es el hecho que para muchos tratadistas, la diferencia entre uno y otro contrato es la denominación **salario y honorario**, lo cual desde mi particular punto de vista no es determinante, puesto que de conformidad con el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, se entiende:

“...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo...”. Hecho por el cual en ningún momento o aspecto se debe diferenciar o ubicar un contrato como de servicios profesionales por el simple hecho de mencionarse como honorarios.

Asimismo, otra diferenciación que se hace, es por el hecho que en el contrato de servicios profesionales, no existe subordinación, hecho que nuevamente es falso, toda vez que el profesional que se contrata, esta ligado bajo la dependencia directa de otra persona, la cual vela por el desempeño de sus funciones, y al cual está obligado a rendir informes sobre su desempeño.

Actualmente los juzgados de trabajo, al hacerse reclamaciones en este sentido, siempre declaran con lugar la demanda por medio de la cual se persigue el pago de prestaciones de tipo laboral. Lamentablemente las salas de trabajo, en reiterados fallos desestiman las prestaciones de los actores, al considerar que las mismas deben ventilarse en una instancia civil.

5.14. Diferencia entre salario y honorario

5.14.1. Salario

El Artículo 1o. del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, llamado también como **Convenio sobre la Protección del Salario**, 1949, define al salario de la siguiente manera: “A los efectos del presente Convenio, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato

de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”⁸⁹

El Código de Trabajo, de una breve definición de lo que reentende por salario, denominándolo indistintamente como sueldo: “Salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar el trabajador en virtud del cumplimiento del contrato de trabajo o la relación de trabajo vigente...”.

Para concluir debemos de indicar lo dicho por Cabanellas: “La palabra salario, etimológicamente viene de la palabra *salarium*, de sal. El salario es la compensación que recibe el obrero o empleado a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado. Comprende la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por sus servicios u obras, no sólo la parte que recibe en metálico o especies, como retribución inmediata y directa de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimento o interrupción del trabajo, cotizaciones del patrono por los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes.”⁹⁰

El Convenio ya descrito, utiliza la palabra “remuneración”, el cual es inclusive adoptado y aceptado por la doctrina más reciente. Además las partes integrantes del salario, así: a) las cantidades en efectivo y beneficios en especie que el trabajador obtenga como remuneración directa e inmediata de su labor; b) las cantidades en efectivo que obtenga por espera y por interrupciones del trabajo; y, c) las ventajas económicas obtenidas por el trabajador en cumplimiento del contrato o relación de trabajo.

5.14.2. Honorarios

“Los honorarios constituyen la remuneración a que el profesional tiene derecho, por la prestación del servicio al cliente”. De las definiciones descritas, se puede concluir en

⁸⁹ **Este Convenio entro en vigencia para Guatemala**, el13 de febrero de 1953.

⁹⁰ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 256.

que la única diferencia, estriba en que el salario es **una retribución y la otra una remuneración.**

5.15. Diferencia entre contrato laboral y contrato civil

Existen varios criterios en cuanto a las diferencias que existen entre los contratos en materia civil y en materia labora, tomado un criterio intermedio o ecléctico se llega a la concusión que básicamente las diferencias son: por el elemento personal del contrato de trabajo. El trabajador. Se encuentra subordinado y bajo la dirección inmediata del patrono para la prestación de sus servicios personales o la ejecución de una obra en forma personal. Mientras que en el contrato de naturaleza civil no existe subordinación entre las partes contratantes y en cuanto a la naturaleza jurídica de la materia del derecho civil y el derecho laboral, la primera pertenece al derecho privado y la segunda al derecho público, por lo cual según el Código de Trabajo, el Estado restringe la libertad de contratación para evitar la comisión de exagerados abusos y aprovechamiento en contra de los trabajadores que son el bien jurídico tutelado del estado por ser la parte contractual mas débil debido a la deferencia económica existente por parte de los empleadores que son los contratantes; al referirnos a empleadores nos referimos a los de la iniciativa privada y pública y la primera es la que más nos interesa por ser el centro medular del presente trabajo. El Estado también es el garante o encargado de velar por el fiel cumplimiento de la Constitución Política y las leyes en todas sus categorías.

5.16. Regulación legal del contrato civil de servicios profesionales

El contrato de servicios profesionales, por su propia naturaleza jurídica está regulado en el título XII de la segunda parte del título V del libro V del Código Civil, Decreto número 106, Artículos del 2027 al 2036.

Dicha norma legal establece que los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago, es decir

que regula la autonomía de la voluntad como una forma de contratar, fortaleciendo el consensualismo como una de sus características.

No obstante lo anterior, la misma ley ha previsto que cuando no existe convenio en cuanto a la retribución del profesional, ésta se regulará de conformidad con el arancel respectivo y, si no hubiere, será fijada por el juez, tomando en consideración la importancia y duración de los servicios y las circunstancias económicas del que debe pagarlos, situación que en la práctica no se da toda vez que las personas cada vez más utilizan su voluntad para las contrataciones y lo primero que convienen es el pago de los honorarios que se causan, por lo que no hay necesidad de acudir al arancel y mucho menos ante juez competente. Es de mencionar que la ley regula que en estos casos, el profesional tiene derecho, además de sus honorarios pactados, a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servicios prestados, los cuales debe justificar y comprobar debidamente.

Dentro de la regulación legal de estos contratos, también encontramos que en caso de que varias personas sean las contraten o soliciten servicios profesionales en un mismo asunto, son solidariamente responsables por el pago de los honorarios y gastos causados con tal motivo, por lo que en caso de incumplimiento, el profesional puede actuar en contra de cualquiera de ellos. De igual manera, cuando varios profesionales presten sus servicios en un mismo asunto cada uno de ellos tendrá derecho a ser retribuido proporcionalmente a los servicios prestados y al reembolso de los gastos debiéndose dejar claro que salvo pacto en contrario, los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido, por lo que el resultado no es el objeto principal del contrato sino los servicios en si; sin embargo, el profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación y diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, o por la divulgación de los secretos de su cliente, en tal virtud, cuando no pueda continuar prestando sus servicios deberá avisar con la debida anticipación, según la naturaleza del trabajo, a la

persona que lo contrató, quedando responsable de daños y perjuicios si se separare sin dar aviso y sin dejar persona competente que lo sustituya.

No obstante lo anterior, si la persona que contrato al profesional no está conforme con su desempeño o con los actos o conducta del mismo, puede rescindir el contrato pagando el trabajo y los gastos efectuados, cantidad que fijara el juez, si hubiere desacuerdo entre las partes.

5.17. El contrato de servicios técnicos o profesionales y su relación con las normas tributarias

5.17.1. Ley del impuesto sobre la renta

El Decreto número 26-92 del Congreso del República de Guatemala, establece un impuesto sobre la renta que obtenga toda persona individual o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, así como cualquier ente, que provenga de la inversión de capital, del trabajo o de la combinación de ambos, en tal virtud quedan afectas al impuesto todas las rentas y ganancias de capital obtenidas en el territorio nacional.

Esta ley considera que es renta proveniente de fuente guatemalteca, los sueldos, honorarios, bonificaciones, aguinaldos y dietas y otras remuneraciones que no indique reintegro de gastos, que los sectores públicos y privados paguen a sus representantes o dependencias en el país o en el extranjero.

En atención a lo anterior, las personas que prestan servicios técnicos o profesionales, están afectos al pago del Impuesto Sobre la Renta (I.S.R.) contenida en la ley antes referida, pero debe tenerse en consideración que el mismo cuerpo normativo establece que las personas individuales que realicen actividades lucrativas y las que obtienen sus ingresos del ejercicio de una actividad profesional o técnica determinarán su renta neta, deduciendo de la renta bruta los costos y gastos necesarios para producir o conservar

la fuente productora de las rentas gravadas, según los conceptos que establece la misma ley; en tal virtud, considera renta neta para las personas individuales que obtengan ingresos exclusivamente por la prestación de servicios personales en relación de dependencia, los sueldos y salarios, comisiones y gastos de representación cuando no deban ser comprobados, bonificaciones incluida la creada por el Decreto número 37-2001 del Congreso de la República, y otras remuneraciones similares, siendo renta imponible el equivalente a su renta menos las siguientes deducciones:

- La suma única de treinta y seis mil quetzales (36.000.00) en concepto de deducciones personales sin necesidad de comprobación alguna;
- Las cuotas pagadas a colegios profesionales, las primas de fianza, las cuales por pago de contribuciones al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (I.G.S.S.) y al Instituto de Previsión Militar (I.P.M.) por jubilaciones, pensiones y montepíos: las primas, contribuciones cuotas o aportes establecidos en planes de previsión social, las de pensiones y jubilaciones para trabajadores, de capitalización individual; las primas de seguros de vida no dotales, de accidentes personales y gastos médicos hospitalarios contratados con empresas autorizadas para operar en el país;
- El monto de las pensiones alimenticias fijadas por tribunal de familia y mientras sus efectos se mantengan;
- Las donaciones que puedan comprobarse, fehacientemente, otorgadas a favor del Estado, las municipalidades y sus entidades: asociaciones y fundaciones no lucrativas de asistencia, servicio social, científicas y culturales: a las universidades, partidos políticos y entidades gremiales debidamente autorizados.
- Los gastos médicos pagados en Guatemala por el sujeto de gravamen, así como los pagados en beneficio de su cónyuge o conviviente o de sus hijos menores de edad o discapacitados, entendiéndose por gastos médicos: los honorarios de profesionales médicos debidamente colegiados, por servicios, consultas, dictámenes, diagnósticos, tratamientos, excepto medicinas y atención médica; pagado por exámenes de laboratorio de índole, tales como: exámenes radiológicos patológicos, radiografías, gastrocopías, exploraciones, monogramas, topografías y cualesquiera otros procedimientos, exámenes o estudios, sean o

no invasivos del cuerpo humano; lo pagado por concepto de tratamientos, internamientos o estadías en hospitales o centro de salud en el cual haya sido recluido o tratado el sujeto de gravamen o cualquiera de sus parientes indicados arriba y que dicho hospital o centro de Salud Pública y Asistencia Social o pagado por concepto de honorarios de cirujanos, anestesiólogos y asistentes; de salas de operaciones y por intervenciones quirúrgicas de toda clase y naturaleza, por uso de quirófanos y otros pagos semejantes; los gastos de traslado, uso de ambulancia y otros medios de transporte por razón médica del sujeto de gravamen o de sus expresados parientes, así como gastos causados en salar y tratamientos de emergencia; y los gastos ocasionados por rehabilitación y tratamientos de fisioterapia, siempre que hayan sido hechos por prescripción o recomendación médica. Para la deducibilidad de los gastos médicos expresados, los mismos deberán ser debidamente justificados con las facturas legales correspondientes.

5.17.2. Ley del impuesto al valor agregado

Impuesto creado mediante Decreto número 27-92 del congreso de la República de Guatemala, que grava la prestación de servicios en el territorio nacional y el contribuyente, en este caso, debe pagar el impuesto en la fecha de la emisión de la factura, si no se emite factura, el impuesto debe pagarse en la fecha en que el contribuyente perciba la remuneración.

En este caso se entiende que en el valor de los servicios prestados se encuentra incluido este impuesto al tenor de lo regulado en el Artículo 10 de la referida ley, y constituye un 12% del valor del servicio deduciéndose de esto que el servidor debe otorgar factura contable al momento de efectuar el cobro de sus honorarios.

5.18. Ventajas y desventajas para el patrono contratante, así como ventajas de desventajas para el trabajador común, celebrando un contrato de servicios técnicos o profesionales en una relación de trabajo

5.18.1. Ventajas para el patrono

Del análisis del presente tema se deduce que el patrono obtiene las siguientes ventajas, al contratar a una persona con la modalidad de contrato de servicios técnicos o profesionales:

- El trabajador estará a su servicio durante un plazo determinado, vencido el cual puede deshacerse del trabajador sin tener la obligación de indemnizarlo;
- Al renovar un contrato puede cambiar ciertas condiciones favorables solo a él y en perjuicio del trabajador contratado;
- Durante el tiempo de vigencia del contrato, el patrono no está obligado a pagar al trabajador ninguna prestación laboral;
- No está obligado a otorgar el período vacacional, lo cual constituye una ganancia personal ;
- No está obligado al pago de las cuotas respectivas del seguro Social.

5.18.2. Desventajas para el patrono

Asimismo se deduce, que el patrono tiene las siguientes desventajas derivadas de este tipo de contratos:

- Pierde la especialización del trabajador, ya que éste ultimo al adquirir experiencia, no está atado a su patrono y puede buscar otro empleo con mejores condiciones;
- Se somete al pago de honorarios elevados y corre el riesgo de ser demandado por el pago retroactivo de las prestaciones no pagadas, con probabilidades de perder el juicio.

5.18.3. Ventajas para el trabajador

- No está atado al patrono con la expectativa del pago de una indemnización, por lo que puede utilizar su especialización para buscar un nuevo empleo;
- Puede negociar el pago de un salario más o menos elevado; y, al finalizar el plazo del contrato y no ser renovado, tiene el derecho de emplazar al patrono

para probar que su relación fue laboral y exigir el pago de sus prestaciones laborales en forma retroactiva.

Lo indicado en los numerales anteriores también constituye desventajas para los trabajadores ya que la mayor parte de ellos, tal y como se mencionó antes, no son profesionales propiamente dichos, y por lo tanto, de manera muy especial debe protegerse su estabilidad laboral por sobre cualquier otra cosa. Asimismo, debe mencionarse que en el caso de los profesionales propiamente dichos, por el mismo hecho de ser profesionales llevan consigo el derecho a negociar el pago de una remuneración por sus servicios prestados, pero en todos los casos, mantienen su condición de profesionales independientes pudiendo dedicarse, aparte de las actividades que le confiere el contrato respectivo, a otras que su propia profesión le confiere.

5.18.4. Desventaja para el trabajador

- No goza de estabilidad laboral, y sus servicios los presta para un periodo determinado sin tener derecho a indemnización;
- Se somete a que, al renovar un contrato, el patrono cambia ciertas condiciones favorables solo a él y en perjuicio del trabajador;
- No recibirá el pago de ninguna prestación laboral durante la vigencia del contrato;
- No gozará de su periodo vacacional, en perjuicio de su salud;
- No está cubierto por el régimen de seguridad social.

5.19. Aspectos doctrinarios y legales de la simulación

5.19.1. La simulación del contrato en el ámbito laboral

El problema central radica en la importancia que tiene la simulación aplicada al ámbito laboral, en cuanto a lo que concierne a un contrato civil de servicios profesionales o bien el contrato civil de obra o empresa.

5.19.2. La simulación en el ámbito laboral respecto del contrato de servicios profesionales

El Contrato de Servicios Profesionales, tal como lo regula el Código Civil en el Artículo 2027 al 2036 que regula que los contratos de prestación de servicios profesionales, los cuales constituyen su funcionamiento legal básico y cuyo contenido esta fincado en determinar que los profesionales que prestan sus servicios y los particulares son libres de fijar los honorarios y condiciones de pago; asimismo, los honorarios también pueden fijarse de acuerdo al arancel respectivo, tomando en consideración la importación y duración de los servicios, las circunstancias económicas del que debe de pagarlos.

Por otro lado la ley menciona que “concede el derecho al profesional que presta sus servicios, además de los honorarios, a que se cancelen los pagos que haya efectuado con motivo de los servicios prestados, justificándolos debidamente y probándolos.”

En el caso de las dificultades en que se encuentra el profesional que es contratado por un patrono o empleador en cuanto sí existe simulación en el caso de que lo que percibe no es un salario sino lo que recibe es el pago de honorarios es importante indicar lo siguiente:

- Existe mucha semejanza en el contrato de servicios profesionales y en el contrato de trabajo, sin embargo, la semejanza se refiere con exclusividad en el caso de los profesionales, no así de los que no lo son y que tienen únicamente la calidad de trabajadores en la relación laboral existente cuando subsisten efectivamente por el vínculo que se plasma en el contrato de trabajo;
- Que se diferencia uno de otro, en cuanto a que en el contrato laboral, existe relación de dependencia y subordinación jerárquica, en el contrato de servicios profesionales o técnicos, no existe subordinación en la clientela;
- En el contrato de trabajo se recibe un salario o sueldo y se adquiere el derecho al pago de prestaciones laborales establecidas por la ley, en el caso de los contratos de servicios profesionales o técnicos, se recibe a cambio de los servicios prestados, honorarios, no se crea una relación laboral entre las partes,

por lo tanto no adquiere derecho a las prestaciones laborales establecidas por la ley;

- En el contrato de trabajo, es el patrono quien determina el salario o sueldo en el contrato de servicios profesionales o técnicos, estos tienen la libertad para determinar el valor de sus honorarios o cobrarlos conforme a un arancel;
- en el contrato de trabajo se compromete la prestación de un servicio, en el contrato de servicios profesionales o técnicos, se compromete el resultado de dichos servicios.

5.20. Medios legales para resolver los conflictos

5.20.1. Diferencias y similitudes del contrato de servicios profesionales y el contrato individual del trabajo

5.20.1.1. Diferencias

Las diferencias básicas en este contrato de servicios profesionales con el de trabajo estriban en que:

- En el contrato civil de servicios profesionales los honorarios son previamente discutidos por las partes hasta llegar a un acuerdo;
- En el contrato civil si existe relación de dependencia ni subordinación, ya que se prestan en forma liberal;
- En el contrato civil si existe el riesgo que corre a cuenta del profesional contratado;
- En el contrato civil, la prestación de servicios puede ser en forma continua o esporádica;
- En el contrato civil, los servicios son pagados como honorarios, por cada servicio que se preste en forma independiente;
- Los honorarios no se pagan por el tiempo trabajado (jornada de trabajo), sino por el servicio prestado;

- Los servicios se prestan generalmente fuera de las instalaciones de la entidad contratante.

5.20.1.2. Similitudes

Las similitudes básicas en este contrato de servicios profesionales con el de trabajo estriban en que:

- Existe una retribución económica por el servicio que se presta, llámesele trabajador o no al prestador del mismo.
- El objeto principal de ambos, es la prestación de un servicio a cambio de una retribución.

CONCLUSIONES

1. La persistencia de distinciones legales equivocadas e injustificadas basadas en el género contravienen el objeto y la finalidad de los compromisos positivos adoptados por el Estado. Las recientes estrategias adoptadas por el Estado para hacer frente a la discriminación jurídica y real contra la mujer muestran la prioridad de asignar suficiente atención y recursos al tema para garantizar su aplicación. Las medidas adoptadas hasta la fecha señalan que es factible y esencial adoptar reformas adicionales.
2. La esfera de la promoción y protección de los derechos de la mujer es un ámbito en el cual el respaldo de la comunidad internacional y de la comunidad regional pueden cumplir un papel vital. No se trata sólo de otorgar respaldo a través de financiamiento, sino también de llevar a cabo intercambio de información, experiencias y prácticas óptimas encaminadas a facilitar avances positivos.
3. El derecho del trabajo es el conjunto de principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas que estudian y regulan las relaciones entre patronos y trabajadores, surgidas de las relaciones entre los mismos; a través de la relación laboral que se establece entre ambos, así como la solución de los conflictos derivados de dichas relaciones.
4. El beneficio resultante de la retribución económica que recibe el trabajador es a favor del patrono. Es decir, el salario, que es la retribución directa e inmediata que recibe el trabajador en virtud del contrato o de la relación de trabajo a cambio del resultado de su labor, consistente generalmente en una suma fija, no subordinada a las utilidades o pérdidas de la empresa.

5. El contrato laboral de trabajo puede celebrarse por escrito o de forma oral, entendiéndose que habrá contrato de trabajo cuando exista un acuerdo entre trabajador y empresario, por el cual se presten servicios bajo la dirección y organización de éste, a cambio de una retribución económica. Si no se celebran por escrito, se entenderán celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo que se acredite que fueron celebrados con carácter temporal o a tiempo parcial.

6. La simulación constituye un vicio del consentimiento, que produce la anulación del negocio; por consiguiente, de acuerdo con las reglas generales de la nulidad, en el caso de la simulación absoluta, el efecto es la anulación del contrato de trabajo simulado, que casi no se da en el contrato de trabajo; en el caso de la simulación relativa, el efecto es anular el contrato aparente y se producen los efectos de un contrato de trabajo.

7. El contrato por servicios profesionales para las mujeres en estado de gravidez constituye una clara violación a sus derechos laborales y garantías constitucionales, ya que pierde el llamado pasivo laboral, el derecho a la lactancia. La discriminación basada en la situación reproductiva constituye una forma de discriminación sexual al concentrarse en una condición que sólo las mujeres pueden experimentar, dicho trato penaliza exclusivamente a la mujer.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe adoptar medidas concretas, encaminadas a realizar las reformas legislativas necesarias para eliminar casos de discriminación de *jure*, que ya han sido identificados a nivel internacional y nacional como discriminatorios. Por ejemplo, introducir la perspectiva de género en el diseño de la ejecución de todas las leyes, políticas y programas.
2. Resulta importante la eliminación de las barreras jurídicas y fácticas que impiden el acceso de la mujer a eficaces remedios y mecanismos de protección judicial, especialmente en la esfera del derecho de trabajo es responsabilidad del Estado. También intensificar los esfuerzos tendientes a hacer efectiva una debida diligencia en investigación, el procesamiento y el castigo de las violaciones a los derechos de la mujer.
3. Que el Estado de Guatemala fortalezca la participación y representación de las mujeres en cargos electivos y otros espacios de toma de decisiones.
4. Es necesario reforzar la legislación laboral y los servicios de inspección del trabajo para proteger el derecho de la mujer a condiciones de trabajo justas, equitativas y saludables; garantizar la equidad de remuneraciones y beneficios salariales y, en especial salvaguardar lo derechos de las mujeres en estado de gravidez.
5. El Congreso de la República de Guatemala debe de legislar leyes más drásticas, para prevenir la simulación en los contratos de trabajo, sobre todo en cuanto a los trabajadores de organizaciones no lucrativas, y entidades que pese a su servicio netamente social, utilizan los contratos por servicios profesionales para evitar el pago del pasivo laboral.

6. El Estado de Guatemala debe de adoptar medidas adicionales para reforzar la coordinación entre las organizaciones estatales encargadas de proteger los derechos de la mujer y entre esas entidades la sociedad civil. Garantizar la asignación de suficientes recursos humanos y materiales a entidades como la Oficina Nacional de la Mujer, a la Defensoría de los derechos de las Mujeres Indígenas y la Secretaría Presidencial de la Mujer, encargadas especialmente de la protección de los derechos de las mujeres.

7. Deben abordarse dos desafíos prioritarios adicionales para que el Estado y la sociedad civil puedan garantizar el pleno ejercicio de los derechos por parte de las mujeres. Primero, es esencial que la administración de justicia sea más accesible y eficaz para todas las mujeres que buscan protección de sus derechos básicos. Segundo, las normas que han sido adoptadas para salvaguardar los derechos de la mujer deben traducirse en medidas concretas a través del establecimiento y fortalecimiento de las políticas, programas y servicios necesarios.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, Manuel. **Curso de derecho de trabajo.** 2da ed. Barcelona, España: Ed. Ediciones Ariel, 1989.

BRAVO, Rosa. **Pobreza y desigualdad de género.** Vol. 1 3era. ed. Santiago, Chile: Ed. Ediciones Sernam, 1998.

CABANELLAS, Guillermo. **Contrato de trabajo, parte general.** Vol. 2 6ta ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Omega, 1963.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual.** 3ra ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1988.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental.** Vigésima ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1995.

CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho del trabajo.** 6ta ed. Buenos Aires Argentina: Ed. Heliasta, 1964.

CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil, común y foral.** Vol. 3 11ª. Ed. Madrid, España: Ed. Reus S.A. 1974.

DE BUEN NÉSTOR L. **Derecho procesal del trabajo.** 2da ed. Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 1978.

DE LA CUEVA, Mario. **Lineamientos del derecho del trabajo.** 4ta ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Omega, 1988.

DE LA CUEVA, Mario. **Nuevo derecho mexicano del trabajo.** Tomo I; Décima ed. Actualizada por urbano Farias, Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, S.A. 1985.

DE LITALA, LUIGI. **Los contratos especiales de trabajo.** 7ma ed. Buenos Aires Argentina: Ed. Ateneo, 1992.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Derecho civil español.** Vol. III, 2da. ed. Revisada y ampliada, Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1981.

FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco.** 2da. ed. ciudad de Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 1996.

FRANCO LÓPEZ, César. **Derecho colectivo sustantivo del trabajo.** Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix 2004.

GALIN, Pedro. **El Origen del Salario.** 2da ed. Caracas, Venezuela: Ed. Ildis, 1990.

HERRERA NIETO, Bernardino. **La simulación y el fraude a la ley en el derecho del trabajo.** (s.e.), Barcelona, España: Ed. Bosch, 1958.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Tendencias actuales del derecho del trabajo.** 2da ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas Europa-América, 1989.

LÓPEZ LARRAVE, Mario. **Contrato por tiempo indefinido, a plazo y para obra determinada y de servicios profesionales.** 2da ed. ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Oscar De León Palacios, 1992.

LÓPEZ LARRAVE, Mario. **Introducción al estudio del derecho procesal del trabajo.** Tesis de Grado. Guatemala, 1984.

MÁRQUEZ, Hernain. **Tratado elemental de derecho del trabajo.** 2da ed. (s.l.i.), (s.e.), (s.f.).

Ministerio de Trabajo y Previsión Social de la República de Guatemala. **Revista del trabajo.** (s.e.) Guatemala, 2006.

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Estudio comparativo del derecho individual del trabajo de Chile y Guatemala.** Memoria de prueba para optar el Grado de Licenciado en Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Chile, ciudad de Guatemala: Ed. Del ejercito, 1961.

NAJARRO PONCE, Oscar. **Los principios del derecho del salario.** 6ta ed. Montevideo, Uruguay: Ed. Montevideo, 1987.

NAJARRO PONCE, Oscar. **La interpretación y la integración de la ley en el derecho del trabajo.** Revista No. 3 de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Ciudad Universitaria, 1979.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 6ta ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliaste, S.R. 1990.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español.** T. IV, Vol. II, 2da ed. Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1951.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** Vigésima sexta ed. Madrid, España: Ed. Espasa-Calpe, 2005.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil III (Teoría general de las obligaciones).** 7a ed. Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, S.A. 1977.

Legislación:

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

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1973.

Código Tributario. Decreto número 6-91 del Congreso de la República de Guatemala.

Conferencia mundial sobre la mujer. (Beijing, septiembre 1995).

Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo. (O.I.T.). El convenio sobre la protección del salario, Ginebra Suiza, 1949.

Convenio 100 Sobre Igualdad de Remuneración. Ginebra Suiza 1951.

Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo. (O.I.T.). El convenio sobre la discriminación, Ginebra Suiza, 1958.

Convenio 131 Sobre la Fijación de Salarios Mínimos. Ginebra Suiza 1970.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. (18 de enero de 1983).

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (12 de agosto de 1982).

Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer. (26 de septiembre de 2000).

Ley de impuesto al valor agregado. Decreto número 27-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de impuesto sobre la renta. Decreto número 26-92 del congreso de la República de Guatemala.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU. Estambulgo 1993.