

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

**EL ELEMENTO DE OBRA CONTINUADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN
LA LEGISLACIÓN LABORAL GUATEMALTECA**



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

Por

SUSAN PAOLA ROJAS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, febrero de 2008

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

**EL ELEMENTO DE OBRA CONTINUADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN
LA LEGISLACIÓN LABORAL GUATEMALTECA**



SUSAN PAOLA ROJAS

GUATEMALA, FEBRERO DE 2008

**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. Héctor 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).



Licenciado

José Luis Guerrero de la Cruz

Abogado y Notario.



Guatemala, 20 de Agosto de 2,007

LICENCIADO

MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN

COORDINADOR DE LA UNIDAD DE ASESORIA DE TESIS

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.

CIUDAD.

Señor Licenciado:

En cumplimiento a la resolución emanada de ese Decanato de fecha siete de mayo del año dos mil siete, procedí a asesorar el trabajo de tesis de la bachiller **SUSAN PAOLA ROJAS**, carné No. 89 18632, intitulado "**EL ELEMENTO DE OBRA CONTINUADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA LEGISLACION LABORAL GUATEMALTECA**"

La bachiller Susan Paola Rojas, en su trabajo hace recopilación de autores nacionales y extranjeros, así mismo hace aportaciones valiosas y propuestas concretas de solución, dando conceptos generales sobre el tema.

En mi opinión el trabajo llena los requisitos mínimos, por lo que emito dictamen favorable, para que continúe con su trámite hasta culminar su aprobación en el examen público de Tesis.

Sin otro particular, me suscribo muy atentamente,

LIC. JOSÉ LUIS GUERRERO DE LA CRUZ

ABOGADO Y NOTARIO

5621

JOSE LUIS GUERRERO DE LA CRUZ
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ RANFERÍ HERRERA DONIS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante SUSAN PAOLA ROJAS, Intitulado: “EL ELEMENTO DE OBRA CONTINUADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL GUATEMALTECA”.

Me permito hacer de su conocimiento que está 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 el Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes”.

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

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh

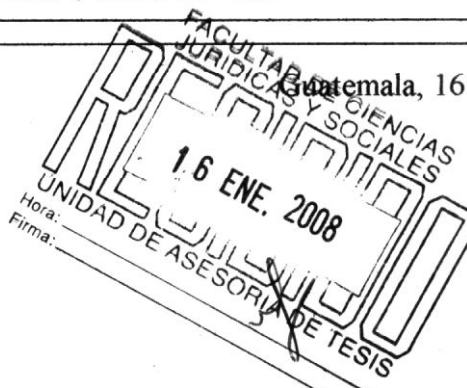


Lic. José Ranferí Herrera Donis
Col. 5567.
7 avenida 4-99 zona 4, Telefax 440 - 3878



Guatemala, 16 de enero de 2008

Lic. Marco Tulio Castillo Lutín
Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Me es grato saludarle y a la vez informarle que he procedido en cumplimiento con la resolución emanada de esa casa de estudios, en donde se me nombra *revisor* de la investigación intitulada: **“EL ELEMENTO DE OBRA CONTINUADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL GUATEMALTECA”**, sustentada por la estudiante **SUSAN PAOLA ROJAS**; con base en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, lo siguiente:

- La tesis aporta debidamente la comprobación de su principal aseveración, como es la necesidad de regular en el Código de trabajo, un asidero más idóneo a la figura de la obra continuada.
- El trabajo de investigación cuenta con una redacción clara y con la forma exigida para esta clase de investigaciones; con la cita de autores y tratadistas tanto en el ámbito nacional como el internacional.
- Las técnicas de investigación también son usadas en forma idónea, de manera que la hipótesis que implica el presente trabajo de tesis, se encuentra debidamente comprobada en el desarrollo de su contenido.
- Los métodos de investigación empleados son los correctos. Tanto la inducción como la deducción cumplen un papel primordial en el desarrollo del contenido.

Por las anteriores consideraciones procedo a emitir el correspondiente **Dictamen favorable**.

Aprovecho la oportunidad para suscribirme,

Atentamente,

Lic. José Raferí Herrera Donis
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de enero del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SUSAN PAOLA ROJAS, Titulado “EL ELEMENTO DE OBRA CONTINUADA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN LABORAL GUATEMALTECA” 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: La energía que gobierna y rige el destino de quienes con fe se entregan a sus sueños y se esfuerzan por alcanzarlos

A MI FAMILIA: Porque ellos saben con cuanto amor he llevado mis pasos entregándoles mi máximo esfuerzo.

A MIS AMIGOS: Porque en el camino me he encontrado Ángeles, que como instrumentos de Dios, me han dado su apoyo desinteresado.

A: La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

A: La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala.

Y A USTED: Que la recibe, especialmente.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Aspectos fundamentales del derecho del trabajo.....	1
1.1 Nociones generales.....	1
1.2. Sujetos del derecho del trabajo.....	2
1.2.1. Trabajador.....	2
1.2.2. Clasificación de los trabajadores.....	5
1.2.3. Patrono.....	8
1.2.4. Auxiliares del patrono.....	14
1.2.3.1. Representante del patrono.....	14
1.2.3.2. Intermediario.....	15
1.3. La relación de trabajo.....	16

CAPÍTULO II

2. El concepto de la relación funcional con la relación de trabajo.....	19
2.1. La relación funcional.....	19
2.2. Definición de la relación funcional.....	20
2.3. Clases de funcionario.....	21
2.4. El servicio civil y la relación laboral.....	21
2.5. Naturaleza jurídica del servicio civil.....	22
2.6. Sistemas de ingreso al servicio civil.....	23
2.7. Clasificación del servidor público.....	25
2.8. Derechos y obligaciones del servidor público.....	28
2.9. Suspensión y terminación de la relación funcional.....	30

CAPÍTULO III

3. Los trabajadores autónomos.....	35
------------------------------------	----

	Pág.
3.1. Generalidades.....	35
3.2. Dependencia en la relación de trabajo.....	37
3.3. Problemática del trabajo autónomo o independiente.....	40

CAPÍTULO IV

4. El elemento de obra continuada en los contratos de trabajo en la legislación guatemalteca.....	laboral
.....	55
4.1. El elemento de la obra continuada.....	55
4.2. Los contratos de trabajo de los servidores públicos sin oposición.....	57
4.3. Casos concretos en los que debe privar la hipótesis del <i>tertium genus</i> como base de análisis.....	72
CONCLUSIONES.....	81
RECOMENDACIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN



En el proceso formativo del estudiante de derecho, se presenta la oportunidad de distinguir las áreas de la ciencia, en cuya base se puede aportar. El caso de la presente investigación, constituye precisamente esa acción, inmersa en el área cognitiva del derecho laboral.

La relación laboral, constituye un instituto y un principio de derecho del trabajo, que garantiza al obrero, el goce de sus derechos económicos, es decir, implica la vigencia del pago de sus prestaciones laborales. En caso contrario, si la relación jurídica es de una naturaleza diversa de la laboral; no implicará resarcimiento económico alguno, como obligación a la parte empleadora.

Merced a esto, la hipótesis del trabajo de la obra continuada o *tertium genus*, permite visualizar cualquier tipo de simulación que quiera hacerse de la relación de trabajo, con el fin último de ahorrarle a la parte empleadora el pago de prestaciones laborales, cuando efectivamente las adeuda. Un ejemplo concreto de esto lo constituye el servidor público contratado sin oposición, como asesor técnico o asesor jurídico, cuya contratación se da por medio del contrato de servicios profesionales; creando así una apariencia de relación civil, cuando en realidad se trata de un trabajador protegido por el principio de relación laboral; tutelado por el derecho laboral.

La incorporación de la hipótesis continuada a la legislación laboral guatemalteca, bien sea en el Código de Trabajo, Decreto 1441 o en la Ley del Servicio Civil, Decreto número 1748, ambos del Congreso de la República de Guatemala, es lo que constituye la principal aseveración e hipótesis rectora de la presente investigación; en cuyos objetivos se puede incluir: Llevar a cabo una investigación acerca de la hipótesis de un *tertium genus* u obra continuativa, en la legislación laboral guatemalteca. Estudiar la forma de aplicación de la hipótesis de un *tertium genus* u obra continuativa, en la legislación laboral guatemalteca. Determinar la protección a la que debe estar afecto el sujeto que trabaja bajo una contratación que no incluye la característica de



subordinación jurídica. Precisar un proyecto de ley para incorporar a los trabajadores no subordinados a la legislación laboral guatemalteca.

Se ha dado debida comprobación a la hipótesis relacionada; como puede apreciarse de la lectura del presente contenido; el cual se ha dividido para su mejor comprensión en cuatro capítulos a saber. El primero expresa los aspectos generales de la rama del derecho en la cual se encuentra inmerso el tema fundamental de estudio del presente trabajo; así mismo, los sujetos del derecho del trabajo y la explicación general de la relación laboral. El segundo, contiene el concepto que ha de tenerse de relación funcional en confrontación con el de relación laboral; expresando todo aquello que deba considerarse de la Ley del Servicio Civil en relación con la contratación de su recurso humano. El tercero, contiene el apartado del trabajo autónomo, en una forma de confrontación con el trabajo coordinado; parte del contenido de la hipótesis del *tertium genus*. El cuarto y último de los capítulos que componen el presente estudio, contiene la propuesta y énfasis en la necesidad de regular el hipótesis del trabajo de obra continuada en la legislación laboral del país.

Los métodos de investigación empleados en la presente investigación, entre otros son: Inductivo y deductivo.

Puesto que se desarrollará un estudio particular doctrinario del hipótesis de un *tertium genus* y se procederá a aplicarlo a la generalidad de casos. Toda vez que para encontrar conclusiones aplicables a un caso determinado es preciso haber estudiado la generalidad de elementos que componen el tema.

Entre las técnicas empleadas se encuentran: Bibliográfica; Fichas de estudio; Fichas de texto y otras.

CAPÍTULO I

1. Aspectos fundamentales del derecho del trabajo

1.1 Nociones generales

El tema central de la presente investigación se encuentra contenido en el área cognitiva del Derecho del Trabajo, razón por la cual resulta pertinente mencionar los elementos generales de esta importante rama del derecho que regula las relaciones obrero patronales.

Esta legislación para Guillermo Cabanellas, recibe el nombre también de: Derecho del Trabajo, y lo define en la siguiente forma: "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 de 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"¹

Por otra parte, también se considera al: "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".²

Otra definición importante es la siguiente: "Podemos afirmar que, el Derecho del trabajo, es el que junto al Derecho agrario, ha surgido por la lucha de los trabajadores y no como iniciativa de la clase dominante. Ello no implica que la clase dominante, ante

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 122.

² Fernández Molina, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**, pág. 17.

la presión de las masas, a estas alturas no haya tomado la iniciativa en algunas sociedades capitalistas, con el objetivo de mediatizar la lucha de los trabajadores".³

1.2. Sujetos del derecho del trabajo

Los sujetos que conforman la relación de trabajo, son los individuos que toman parte en la relación laboral, y como tales, son estos los que dan vida a la misma.

Son esencialmente el patrono y el trabajador, no obstante, como parte consecuente de estos, o auxiliares de los mismos, también pueden derivarse algunos otros: los representantes del patrono, el intermediario y otros, que se procede a explicar a continuación.

1.2.1. Trabajador

El Código de Trabajo regula en su Artículo 3: "Trabajador es toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo".

El trabajador tiene una relación de dependencia con respecto a un patrono, lo cual no implica ningún criterio de tipo político, económico o social, toda vez que es la Ley misma, la que lo establece indudablemente como quedó escrito.

Por tal razón: "En el trayecto encontramos la tendencia a definir como trabajador a todo integrante de la clase trabajadora, criterio de contenido económico social, que podría aceptarse dentro de este contexto, pero no desde un enfoque puramente jurídico"⁴.

³ López Aguilar, Santiago. **Introducción al estudio del derecho I**, pág. 169.

⁴ Fernández Molina, **Derecho Laboral Guatemalteco** pág. 152.

El trabajador por otro lado, es el término general que se da con igualdad al sujeto primario de la relación del trabajo, por encima de las diferencias que pudieran haber entre: obrero, empleado o trabajador mismo. Así lo entiende precisamente la legislación laboral guatemalteca, al mencionar la palabra obrero únicamente para designar a las relaciones: “obrero patronales”, y también sólo en su Artículo 281. Y por otro lado, la palabra empleado no la utiliza ni una sola vez en todo el texto de la Ley, para nombrar al trabajador.

Por lo tanto, se trata del sujeto de trabajo que subordinado a un patrono, le presta un servicio a este, por virtud de un contrato de trabajo.

Según el Artículo 63 del Código de Trabajo, además de las contenidas en otros Artículos, en reglamentos y en las leyes de previsión social, son obligaciones de los trabajadores:

- Desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad quedan sujetos en todo lo concerniente al trabajo;
- Ejecutar el trabajo con la eficiencia, cuidado y esmero apropiados y en la forma, tiempo y lugar convenidos;
- Restituir al patrono los materiales no usados y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se les faciliten para el trabajo. Es entendido que no son responsables por el deterioro normal ni por el que se ocasione por caso fortuito, fuerza mayor, mala calidad o defectuosa construcción;
- Observar buenas costumbres durante el trabajo;
- Prestar los auxilios necesarios en caso de siniestro o riesgo inminente en que las personas o intereses del patrono o de algún compañero de trabajo estén en peligro, sin derecho a remuneración adicional;

- Someterse a reconocimiento médico, sea al solicitar su ingreso al trabajo o durante éste, a solicitud del patrono, para comprobar que no padecen alguna incapacidad permanente o alguna enfermedad profesional contagiosa o incurable; o a petición del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, con cualquier motivo;
- Guardar los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa, e indirectamente, con tanta más fidelidad cuanto más alto sea el cargo del trabajador o la responsabilidad que tenga de guardarlos por razón de la ocupación que desempeña, así como los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicio a la empresa;
- Observar rigurosamente las medidas preventivas que acuerden las autoridades competentes y las que indiquen los patronos, para seguridad y protección personal de ellos o de sus compañeros de labores, o de los lugares donde trabajan;
- Desocupar dentro de un término de treinta días, contados desde la fecha en que se termine el contrato de trabajo, la vivienda que les hayan facilitado los patronos sin necesidad de los trámites del juicio de desahucio. Pasado dicho término, el juez, a requerimiento de éstos últimos, ordenará el lanzamiento, debiéndose tramitar el asunto en forma de incidente. Sin embargo, si el trabajador consigue nuevo trabajo antes del vencimiento del plazo estipulado en este inciso, el juez de trabajo, en la forma indicada, ordenará el lanzamiento.

El subsecuente Artículo 64 señala que se le prohíbe a los trabajadores:

- Abandonar el trabajo en horas de labor sin causa justificada o sin licencia del patrono o de sus jefes inmediatos;
- Hacer durante el trabajo o dentro del establecimiento, propaganda política o contraria a las instrucciones democráticas creadas por la Constitución, o ejecutar

cualquier acto que signifique coacción de la libertad de conciencia que la misma establece;

- Trabajar en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas estupefacientes o en cualquier otra condición anormal análoga;
- Usar los útiles y herramientas suministrados por el patrono para objeto distinto de aquel que estén normalmente destinados;
- Portar armas de, cualquier clase durante las horas de labor o dentro del establecimiento, excepto en los casos especiales autorizados debidamente por las leyes, o cuando se trate de instrumentos cortantes, o punzocortantes, que formen parte de las herramientas o útiles propios del trabajo; y
- La ejecución de hechos o la violación de normas de trabajo, que constituyan actos manifiestos de sabotaje contra la producción normal de la empresa.
- La infracción de estas prohibiciones debe sancionarse, para los efectos del presente Código, únicamente en la forma prevista por el Artículo 77, inciso h), o, en su caso por los Artículos 168 párrafo segundo y 181, inciso d).

1.2.2. Clasificación de los trabajadores

Los trabajadores pueden considerarse clasificados de la siguiente forma:

- Trabajador de obra,
- Trabajador ocasional,
- Trabajador sujeto a régimen especial.

En el caso de los trabajadores de obra, los mismo nacen del contenido del Artículo 25, parte conducente, el cual señala: “c) Para obra determinada, cuando se

ajusta globalmente o en forma alzada el precio de los servicios del trabajador desde que se inician las labores hasta que éstas concluyan, tomando en cuenta el resultado del trabajo, o sea, la obra realizada”.

En el caso de los trabajadores ocasionales, éstos son aquellos a los cuales la ley llama “trabajadores temporales”, tal como se señala en el Artículo 27 parte conducente del Código de Trabajo: “El contrato individual de trabajo puede ser verbal cuando se refiera: ...c) A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de sesenta días”.

Finalmente los trabajadores sujetos a regímenes especiales son:

- Trabajo agrícola y ganadero, son los peones, mozos, jornaleros, ganaderos, cuadrilleros y otros análogos, que realizan en una empresa agrícola o ganadera los trabajos propios y habituales de ésta. No comprende a los contadores ni a los demás trabajadores intelectuales que pertenezcan al personal administrativo de una empresa agrícola o ganadera. Todo trabajo agrícola o ganadero desempeñado por mujeres o menores de edad con anuencia del patrono, da el carácter a aquéllas o a éstos de trabajadores campesinos, aunque a dicho trabajo se le atribuya la calidad de coadyuvante o complementario de las labores que ejecute el trabajador campesino jefe de familia. En consecuencia, a los trabajadores campesinos se les considera vinculados a lo expresado por el patrono en un contrato de trabajo.

- Trabajo de mujeres y menores de edad. El trabajo de las mujeres y menores de edad debe ser adecuado especialmente a su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral. La Inspección General de Trabajo puede extender, en casos de excepción calificada, autorizaciones escritas para permitir el trabajo ordinario diurno de los menores de catorce años, o, en su caso, para reducir, total o parcialmente, las rebajas de la jornada ordinaria diurna que impone el Código de Trabajo. La madre trabajadora gozará de un descanso

retribuido con el ciento por ciento (100%) de su salario durante los treinta (30) días que precedan al parto y los 54 días siguientes; los días que no pueda disfrutar antes del parto, se le acumularán para ser disfrutados en la etapa post-parto, de tal manera que la madre trabajadora goce de ochenta y cuatro (84) días efectivos.

- Trabajo a domicilio. Los que elaboran artículos en su hogar o en otro sitio elegido libremente por ellos, sin la vigilancia o la dirección inmediata del patrono o del representante de éste. La venta que haga el patrono al trabajador de materiales con el objeto de que éste los transforme en artículos determinados y a su vez se los venda a aquél, o cualquier otro caso análogo de simulación, constituyen contrato de trabajo a domicilio y da lugar a la aplicación del presente Código.
- Trabajo doméstico. Trabajadores domésticos son los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseos, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono. Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores domésticos comprende, además del pago en dinero, el suministro de habitación y manutención.
- Trabajo de transporte. Trabajadores de transporte son los que sirven en un vehículo que realiza la conducción de carga y de pasajeros o de una u otros, sea por tierra o por aire. No pueden ser trabajadores de transporte los que no posean la edad, los conocimientos técnicos y las aptitudes físicas y psicológicas que determinen las leyes o reglamentos aplicables.
- Trabajo de aprendizaje. Son aprendices los que se comprometen a trabajar para un patrono a cambio de que éste les enseñe en forma práctica un arte, profesión u oficio, sea directamente o por medio de un tercero, y les dé la retribución convenida, la cual puede ser inferior al salario mínimo.

- Trabajo en el mar y en las vías navegables. Trabajadores del mar y de las vías navegables, son los que prestan servicios propios de la navegación a bordo de una nave, bajo las órdenes del capitán de ésta y a cambio de la manutención y del salario que hayan convenido. Son servicios propios de la navegación, todos los necesarios para la dirección, maniobras y atención del barco, de su carga o de sus pasajeros.
- Régimen de los servidores del Estado y sus instituciones. Las relaciones entre el Estado, las municipalidades y demás entidades sostenidas con fondos públicos, y sus trabajadores, se regirán exclusivamente por el Estatuto de los Trabajadores del Estado; por consiguiente, dichas relaciones no quedan sujetas a las disposiciones del Código de Trabajo.

1.2.2. Patrono

El Código de Trabajo establece que patrono es: “toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo”.

Así como el trabajador es el sujeto que presta un servicio, el patrono es el sujeto al que le es prestado ese servicio, y dicha relación se ve perfeccionada por virtud de un contrato de trabajo. De esa misma forma lo entiende el tratadista Mario de la Cueva, quien establece, citando la ley mexicana, que patrono es: “toda persona física o jurídica que emplee el servicio de otra, en virtud de un contrato de trabajo”⁵.

La relación de trabajo es una relación de subordinación, por virtud de la cual, el trabajador se somete jerárquicamente a un patrono.

⁵ De la Cueva, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**, Pág. 157.

El Artículo 61 del Código de Trabajo establece, entre otras:

- Enviar dentro del improrrogable plazo de los dos primeros meses de cada año a la dependencia administrativa correspondiente del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, directamente o por medio de las autoridades de trabajo del lugar donde se encuentra la respectiva empresa, un informe impreso que por lo menos debe contener los datos siguientes:
- Las autoridades administrativas de trabajo deben dar toda clase de facilidades para cumplir la obligación que impone el inciso a, numeral 2, párrafo segundo del Artículo 61 del Código de Trabajo, sea mandando a imprimir los formularios que estimen convenientes, auxiliando a los pequeños patronos o a los que carezcan de instrucción para llenar dichos formularios correctamente, o de alguna otra manera.
- Las normas del inciso a, del Artículo 61, del cuerpo de leyes mencionado, no son aplicables al servicio doméstico;
- Preferir, en igualdad de circunstancias, a los guatemaltecos sobre quienes no lo son y a los que les hayan servido bien con anterioridad respecto de quienes no estén en ese caso;
- Guardar a los trabajadores la debida consideración absteniéndose de maltrato de palabra o de obra;
- Dar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para ejecutar el trabajo convenido, debiendo suministrarlos de buena calidad y reponerlos tan luego como dejen de ser eficientes, siempre que el patrono haya convenido en que aquellos no usen herramienta propia;
- Proporcionar local seguro para la guarda de los instrumentos y útiles del trabajador, cuando éstos necesariamente deban mantenerse en el lugar donde se presten los

servicios. En este caso, el registro de herramientas debe hacerse siempre que el trabajador lo solicite;

- Permitir la inspección y vigilancia que las autoridades de trabajo practiquen en su empresa para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones del presente Código, de sus reglamentos y de las leyes de previsión social, y dar a aquéllas los informes indispensables que con ese objeto les soliciten.
- En este caso, los patronos pueden exigir a dichas autoridades que les muestren sus respectivas credenciales. Durante el acto de inspección los trabajadores podrán hacerse representar por uno o dos compañeros de trabajo;
- Pagar al trabajador el salario correspondiente al tiempo que éste pierda cuando se vea imposibilitado para trabajar por culpa del patrono;
- Conceder a los trabajadores el tiempo necesario para el ejercicio del voto en las elecciones populares, sin reducción de salario;
- Deducir del salario del trabajador las cuotas ordinarias y extraordinarias que le corresponda pagar a su respectivo sindicato o cooperativa, siempre que lo solicite el propio interesado o la respectiva organización legalmente constituida. En este caso, el sindicato o cooperativa debe de comprobar su personalidad jurídica por una sola vez y realizar tal cobro en talonarios autorizados por el Dirección General de Trabajo, demostrando al propio tiempo, que las cuotas cuyo descuento pida son las autorizadas por sus estatutos o, en el caso de las extraordinarias, por la asamblea general;
- Procurar por todos los medios a su alcance la alfabetización de sus trabajadores que lo necesiten;

- Mantener en los establecimientos comerciales o industriales donde la naturaleza del trabajo lo permita, un número suficiente de sillas destinadas al descanso de los trabajadores durante el tiempo compatible con las funciones de éstos;
- Proporcionar a los trabajadores campesinos que tengan su vivienda en la finca donde trabajan, la leña indispensable para su consumo doméstico, siempre que la finca de que se trate la produzca en cantidad superior a la que el patrono necesite para la atención normal de la respectiva empresa. En este caso deben cumplirse las leyes forestales, y el patrono puede elegir entre dar la leña cortada o indicar a los trabajadores campesinos dónde pueden cortarla y con qué cuidados deben hacerlo, a fin de evitar daños a las personas, cultivos o árboles;
- Permitir a los trabajadores campesinos que tengan su vivienda en terrenos de la empresa donde trabajan que tomen de las presas, estanques, fuentes u ojos de agua, la que necesiten para sus usos domésticos y los de los animales que tengan; que aprovechen los pastos naturales de la finca para la alimentación de los animales, que de acuerdo con el contrato de trabajo, se les autorice mantener; que mantengan cerdos amarrados o enchiquerados y aves de corral dentro del recinto en que esté instalada la vivienda que se les haya suministrado en la finca, siempre que no causen daños o perjuicios dichos animales o que las autoridades de trabajo o sanitarias no dicten disposición en contrario; y que aprovechen las frutas no cultivadas que hayan en la finca de que se trate y que no acostumbre aprovechar el patrono, siempre que el trabajador se limite recoger la cantidad que puedan consumir personalmente él y sus familiares que vivan en su compañía;
- Permitir a los trabajadores campesinos que aprovechen los frutos y productos de las parcelas de tierra que les concedan; y
- Conceder licencia con goce de sueldo a los trabajadores en los siguientes casos:

- Cuando ocurriere el fallecimiento del cónyuge o de la persona con la cual estuviese unida de hecho el trabajador, o de los padres o hijo, tres (3) días.
- Cuando contrajera matrimonio, cinco (5) días.
- Por nacimiento de hijo, dos (2) días.
- Cuando el empleador autorice expresamente otros permisos o licencias y haya indicado que éstos serán también retribuidos.
- Para responder a citaciones judiciales por el tiempo que tome la comparecencia y siempre que no exceda de medio día dentro de la jurisdicción y un día fuera del departamento de que se trate.
- Por desempeño de una función sindical siempre que ésta se limite a los miembros del Comité Ejecutivo y no exceda de seis días en el mismo mes calendario, para cada uno de ellos. No obstante lo anterior, el patrono deberá conceder licencia sin goce de salario a los miembros del referido Comité Ejecutivo que así lo soliciten, por el tiempo necesario para atender las atribuciones de su cargo.
- En todos los demás casos específicamente previstos en el convenio o pacto colectivo de condiciones de trabajo.

Además el Artículo 62, establece como prohibiciones a los patronos, las siguientes:

- Inducir o exigir a sus trabajadores que compren sus artículos de consumo a determinados establecimientos o personas;

- Exigir o aceptar dinero u otra compensación de los trabajadores como gratificación para que se les admita en el trabajo o por cualquiera otra concesión o privilegio que se relacione con las condiciones de trabajo en general.
- Obligar o intentar obligar a los trabajadores, cualquiera que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan o a ingresar a unos o a otros;
- Influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas;
- Retener por su sola voluntad las herramientas u objetos del trabajador sea como garantía o a título de indemnización o de cualquier otro no traslativo de propiedad;
- Hacer o autorizar colectas o suscripciones obligatorias entre sus trabajadores, salvo que se trate de las impuestas por la ley;
- Dirigir o permitir que se dirijan los trabajos en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas, estupefacientes o en cualquier otra condición anormal análoga; y
- Ejecutar cualquier otro acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme la ley.

La sustitución patronal consiste en el cambio en la figura del patrono, lo cual implica la anuencia del trabajador, quedando aún así, obligados los patronos, tanto el nuevo como el sustituido durante los siguientes seis meses a la sustitución patronal.

El Código de Trabajo señala al respecto en su Artículo 23: “La sustitución del patrono no afecta los contratos 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 este plazo, la responsabilidad subsiste únicamente para el nuevo patrono. Por las acciones originadas de hechos u omisiones del nuevo patrono no responde, en ningún caso, el patrono sustituido”.

1.2.3. Auxiliares del patrono

Son aquellos trabajadores que no obstante tienen una relación laboral con el patrono, tienen a su cargo atribuciones específicas, y no necesariamente en situación de subordinación. Estos auxiliares del patrono se encuentran debidamente identificados en nuestro código de trabajo y son:

- El representante;
- El intermediario y
- El empleado de confianza.

1.2.3.1. Representante del patrono

El Código de Trabajo establece en su Artículo 4 que: “Representantes del patrono son las personas individuales que ejercen a nombre de éste funciones de dirección o de administración, tales como gerentes, directores, administradores, reclutadores y todas las que estén legítimamente autorizadas por aquél. Los representantes del patrono en sus relaciones con los trabajadores, obligan directamente al patrono. Dichos representantes en sus relaciones con el patrono, salvo el caso de los mandatarios, están ligados con éste por un contrato o relación de trabajo”.

El representante del patrono no es un sujeto de la relación laboral como lo señala en la siguiente cita textual: “no son sujetos de las relaciones de trabajo, pues su función consiste en representar ante el otro a uno de los sujetos”.⁶ El representante del patrono, como su nombre lo indica, representa al patrono ante el trabajador. Es decir, en la relación laboral, el representante presenta a un sujeto con otro.

El autor citado al respecto de que los representantes del patrono no son sujetos en las relaciones de trabajo, es una idea bastante coherente si se compara con el

⁶ **Ibid.** Pág. 157.

segundo párrafo del Artículo citado, el cual menciona a otro individuo, el caso del mandatario.

1.2.3.2. Intermediario

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

La figura del intermediario consiste en la prestación no directa del servicio contratado. Es decir, quien presta el servicio no es el que contrató sino un tercero. En palabras sencillas, entre dos sujetos existe un intermediario quien se encarga de crear un vínculo entre aquellos.

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

Con el último párrafo se determina que el intermediario no puede ser aquel que es dueño de los medios de producción. Esto se explica con el ejemplo de Nestor De Buen: “si Juan vende botellas plásticas que fabrica con equipo propio en su empresa, para luego pretender que es un intermediario entre los operadores del equipo y quienes establecen contrato con él por la compra de esas botellas, Juan se equivoca, porque la ley no le da dicha calidad”⁷.

Resulta necesario citar al autor guatemalteco Luis Fernández Molina, quien señala una importante clasificación del intermediario en la siguiente forma: “Pueden

⁷ De Buen, Nestor. **Derecho procesal del trabajo**, Pág. 245.

distinguirse dos variantes de intermediario: a) El agente colocador, (b) El cuasi contratista.

En el primer caso, se trata de alguien que se limita a relacionar a las partes; su remuneración se limitará a una comisión previamente convenida y una vez se inicia el Contrato Laboral, deja de tener comunicación con las partes. Tiene ribetes de comisionista mercantil, sólo que el bien o producto objeto de la transacción es el trabajo mismo; en vez de colocar bienes o productos, coloca personas dispuestas a trabajar. Su relación con las partes es temporal. Una vez obtiene su comisión, sale del esquema de las partes. En un contexto más empresarial, se estaría frente a una agencia de colocación o bolsa de empleo. El segundo tipo es objeto de mayores censuras; es alguien que, como adelante se indica, mantiene estrecha y más permanente relación con las partes y obtiene una ganancia, para muchos cuestionable, de la diferencia de precios”⁸.

1.3. La relación de trabajo

Al hablar del contrato individual del trabajo, es necesario que se considere separadamente los conceptos doctrinarios relacionados con dos diferentes instituciones como son: La relación de trabajo y el contrato de trabajo.

Desde hace varias décadas los tratadistas han discutido hasta formar una doctrina diferenciadora entre la relación de trabajo y el contrato de trabajo. Unos dicen que hay una marcada diferencia entre una y otra, mientras que otros piensan que, aun cuando hay diferencias terminológicas, ambas pueden fusionarse de tal modo, que la relación de trabajo viene a ser un elemento determinante del contrato de trabajo. A la par de esa corriente hay otra que dice que basta con la relación de trabajo para que exista el contrato de trabajo.

⁸ **Ibid.** Págs. 165 y 166.

La relación de trabajo es una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado cualquiera que sea el acto o la causa que le dio origen, en virtud de la cual se le aplica al trabajador un estatuto objetivo, integrado por los principios, instituciones y normas o declaración de derechos sociales, de la ley del trabajo, de los convenios internacionales de los contratos colectivos y contratos-ley y de sus normas supletorias.

Por su parte en nuestra legislación, el contrato de trabajo es considerado como un contrato con sus propias características, dedicado a regular todo lo relacionado con; el trabajo subordinado, por lo que se puede decir con toda propiedad que el contrato de trabajo goza de su plena autonomía.

Es el contrato en virtud del cual una persona se obliga a desarrollar una actividad material o intelectual para ejecutar una obra o prestar un servicio en favor de otra, mediante una remuneración.

El código de trabajo lo conceptúa así: "Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y la dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma." Artículo 18 del Código de Trabajo.

CAPÍTULO II

2. El concepto de la relación funcional con la relación de trabajo

2.1. La relación funcional

En Guatemala, el servicio civil es aquel que: “Prestan los ciudadanos en alguna institución estatal”⁹. En otras regiones, como Argentina, el servicio civil es denominado servicio público y se entiende por éste, el que se presta precisamente al público. “el de carácter técnico, prestado al público de manera regular y continua, para satisfacer una necesidad pública y por una organización pública”¹⁰.

En dicho sentido, se entiende que “El servicio civil es un servicio militar”¹¹. Está representado por todos los cargos y puestos de la Administración Pública, los cuales son ocupados por personas individuales en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, por el que queda obligada a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública.

Todos los ciudadanos guatemaltecos tienen derecho a optar a los cargos públicos, y a ninguno puede impedírsele el ejercicio de este derecho, si reúne los requisitos y calidades que las leyes exigen. Dichos cargos deben otorgarse atendiendo únicamente a méritos de capacidad, preparación, eficiencia y honradez.

Para el otorgamiento de los cargos públicos no debe hacerse ninguna discriminación por motivo, de raza, sexo, estado civil, religión, nacimiento, posición social o económica u opiniones políticas. El defecto físico o dolencia de tipo psiconeurótico no es obstáculo para ocupar un cargo público, siempre que estos

⁹ Oficina nacional del servicio civil. **Digesto de la administración de personal del sector público.**

¹⁰ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 704.

¹¹ **Ibid.**

estados no interfieran con la capacidad de trabajo al cual sea destinado el solicitante a juicio de la Junta Nacional de Servicio Civil.

El sistema nacional de servicio civil debe fomentar la eficiencia de la administración pública y dar garantías a sus servidores para el ejercicio y defensa de sus derechos.

Los puestos de la administración pública deben adjudicarse con base en la capacidad, preparación y honradez de los aspirantes. Por tanto, es necesario establecer un procedimiento de oposición para el otorgamiento de los mismos, instituyendo la carrera administrativa. Los puestos que por su naturaleza y fines deban quedar fuera del proceso de oposición, deben ser señalados por la ley.

A igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad, corresponderá igual salario; en consecuencia, los cargos de la administración pública deben ordenarse en un plan de clasificación y evaluación que tome en cuenta los deberes, responsabilidad y requisitos de cada puesto, asignándoles una escala de salarios equitativa y uniforme.

Los trabajadores de la administración pública deben estar garantizados contra despidos que no tengan como fundamento una causa legal. También deben estar sujetos a normas adecuadas de disciplina y recibir justas prestaciones económicas y sociales.

2.2. Definición de la relación funcional

Es “el vínculo jurídico-laboral que une al Estado con los particulares que pasan a formar parte del servicio civil desde el momento que inician en el ejercicio del cargo, hasta la entrega del mismo”¹².

¹² **Ibid.**

2.3. Clases de funcionario

Según algunos tratadistas como se expresa más adelante, entienden que las clases de funcionario son:

- Funcionarios públicos superiores
- Funcionarios públicos intermedios
- Funcionarios públicos menores.

2.4. El servicio civil y la relación laboral

En Guatemala, el servicio que presta el trabajador por medio de la relación funcional es también conocido como servicio civil.

“El servicio civil, tiene características especiales, la que se pueden resumir de la siguientes forma:

- De conformidad con la teoría bilateral tiene por su parte un acto administrativo de nombramiento o investidura;
- Concurren la voluntad del Estado que decide el nombramiento y la voluntad del particular que acepta el cargo.
- La relación funcional genera efectos jurídicos entre el Estado y el particular nombrado, derechos y obligaciones;
- Todos los derechos y obligaciones se encuentran previamente establecidos en ley y la finalidad del bien común a través del servicio público”.¹³

Los servidores públicos, deben ser ciudadanos guatemaltecos, y sólo puede emplearse a extranjeros cuando no existan guatemaltecos que puedan desempeñar con eficiencia el trabajo de que se trate, previa resolución de la Oficina Nacional de Servicio Civil, la que recabará la información necesaria.

¹³ Calderón, Hugo. **Derecho administrativo I**, pág. 138.

2.5. Naturaleza jurídica del servicio civil

La naturaleza jurídica de cualquier institución de derecho constituye su esencia; la forma en que debe entenderse.

Una institución de derecho puede tener distintas naturalezas jurídicas, una de las formas en que ya es costumbre en doctrina, establecerla es por medio de la relación que guarde el tema en estudio con el derecho privado o el derecho público. En consecuencia la naturaleza jurídica puede ser pública o privada. Ahora bien, en cuanto a la relación funcional, que lógicamente la misma debiera ser, de tan solo una naturaleza jurídica pública, no obstante hay sectores de la doctrina, como se explicará, que la conciben como de derecho privado.

“Encontrando que de ambas partes se exige la capacidad y el consentimiento y que además existen prestaciones recíprocas al proporcionar el empleado sus servicios a cambio de la compensación pecuniaria que recibe del Estado, pretenden encajar las relaciones que surjan de la función pública dentro de los moldes del derecho civil tradicional y consideran que o se trata de un contrato de locación de obra o de un contrato de mandato, según se trate de prestación de servicios materiales o de realizar en nombre y representación del Estado los actos jurídicos”¹⁴.

La segunda teoría expresa que el régimen jurídico de la función administrativa, como lo sostiene Fraga citado por Hugo Calderón, “debe adaptarse a la exigencia que las referidas atribuciones sean realizadas de una manera eficaz, regular y continua sin que el interés particular del personal empleado llegue a adquirir importancia jurídica para obstruir la satisfacción del interés general. Como las normas que están inspiradas en tales exigencias son normas de derecho público, también de derecho público tendrán que ser las relaciones que constituyen la función pública”¹⁵.

¹⁴ **Ibid.**

¹⁵ **Ibid.**

2.6. Sistemas de ingreso al servicio civil

La Oficina Nacional de Servicio Civil cuenta con un plan de clasificación, determinando los deberes y responsabilidades de todos los puestos comprendidos en los servicios por oposición y sin oposición y agrupará dichos puestos en clases. Para este propósito, el director de la Oficina Nacional de Servicio Civil debe mantener al día:

- Una lista de las clases de puestos y de las series o grados ocupacionales que se determinen.
- Un manual de especificaciones de clases, definiendo los deberes, responsabilidades y requisitos mínimos de calificación de cada clase de puestos.
- Un manual que fije las normas para la clasificación de puestos.

Cada una de las clases debe comprender a todos los puestos que requieren el desempeño de deberes semejantes en cuanto a autoridad, responsabilidad e índole del trabajo a ejecutar, de tal manera que sean necesarios análogos requisitos de instrucción, experiencia, capacidad, conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes para desempeñarlos con eficiencia; que las mismas pruebas de aptitud puedan utilizarse al seleccionar a los candidatos; y que la misma escala de salarios pueda aplicarse en circunstancias de trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad.

Cada clase debe ser designada con un título que describa los deberes requeridos y dicho título deberá ser usado en los expedientes y documentos relacionados con nombramientos, administración de personal, presupuesto y cuentas.

Ninguna persona puede ser nombrada en un puesto en el servicio por oposición y en el servicio sin oposición, bajo un título que no haya sido previamente aprobado por la oficina nacional de servicio civil e incorporado al plan clasificación.

Las clases pueden organizarse en grupos o grados, determinados por las diferencias en importancia, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo de que se trate.

Para llenar cualquier vacante que se produzca en el servicio por oposición, la autoridad nominadora debe requerir a la Oficina Nacional de Servicio Civil, una nómina de todos los candidatos elegibles en la forma que prescriba el reglamento respectivo.

La autoridad nominadora debe escoger al nuevo servidor entre la nómina de candidatos elegibles que le presente el director de la Oficina Nacional de Servicio Civil, dentro del período señalado en el reglamento respectivo. Dentro de los ocho días siguientes a la fecha de recibo de la nómina solicitada, la autoridad nominadora seleccionará al candidato, comunicándolo al director de la Oficina Nacional de Servicio Civil y al seleccionado.

Siempre que la autoridad nominadora deba llenar una vacante y la Oficina Nacional de Servicio Civil no pueda certificar una nómina de elegibles por inexistencia o insuficiencia de candidatos en el registro, dicha autoridad puede cubrir la vacante en forma provisional, previa autorización de la Oficina Nacional de Servicio Civil, siempre que la persona designada llene los requisitos mínimos establecidos para el puesto. Este tipo de nombramientos tiene vigencia por un término no mayor de seis meses improrrogables, dentro de los cuales la oficina debe proceder a establecer el registro respectivo.

Cuando por las razones previstas en el Artículo 51 de la Ley del Servicio Civil, Decreto 17-48 del Congreso de la República de Guatemala, o por motivo de emergencia debidamente comprobada, fuese imposible llenar las vacantes conforme lo prescribe esta ley, la autoridad nominadora podrá nombrar a cualquier persona que reúna los requisitos correspondientes a la clase de puesto de que se trate. Los nombramientos así hechos, deben ser comunicados inmediatamente a la Oficina

Nacional de Servicio Civil y durarán hasta seis meses, a partir de la fecha de toma de posesión, sin que puedan prorrogarse ni renovarse.

2.7. Clasificación del servidor público

La carrera administrativa se encuentra regulada en la Ley del Servicio Civil, y en la misma existen, además de clasificaciones de puestos, formas de ingreso y régimen de salarios, también la forma del servicio. En el Artículo 31 de la mencionada ley, el cual señala literalmente que: “Se encuentra la clasificación del servicio público, el cual se señala en tres categorías que son:

- Servicio exento.
- Servicio sin oposición.
- Servicio por oposición”.

El servicio exento no está sujeto a las disposiciones de esta ley y comprende los puestos de:

- Funcionarios nombrados por el Presidente a propuesta del Consejo de Estado.
- Ministros y Viceministros de Estado, secretarios, subsecretarios, y consejeros de la Presidencia de la República, directores generales y gobernadores departamentales.
- Funcionarios y empleados en la Carrera Diplomática de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala.
- Tesorero General de la Nación.
- Escribano del Gobierno.

- Gerente de la Lotería Nacional.
- Funcionarios del Consejo de Estado.
- Registradores de la Propiedad y personal correspondiente.
- Inspector General de Trabajo.
- Funcionarios de la Presidencia de la República que dependan directamente del Presidente.
- Miembros de los cuerpos de seguridad.
- Personas que sean contratadas para prestar servicios interinos, ocasionales, o por tiempo limitado por contrato especial.
- Empleados de la Secretaria de la Presidencia de la República.
- No más de diez funcionarios o servidores públicos en cada Ministerio de Estado, cuyas funciones sean clasificadas de confianza por los titulares correspondientes.
- Personas que desempeñen cargos ad honorem.

El servicio sin oposición comprende los puestos de:

- Asesores técnicos.
- Asesores jurídicos.
- Directores de hospitales.

Los miembros de este servicio están sujetos a todas las disposiciones de esta ley, menos a aquellas que se refieren a nombramiento y a despido. El servicio por oposición incluye a los puestos no comprendidos en los servicios exentos y sin oposición y que aparezcan específicamente en el sistema de clasificación de puestos del servicio por oposición que establece esta ley.

Para los efectos de la aplicación de la ley del servicio civil, la oficina nacional de servicio civil elaborará un plan de clasificación, determinando los deberes y responsabilidades de todos los puestos comprendidos en los servicios por oposición y sin oposición y agrupará dichos puestos en clases. Para este propósito, el director de la Oficina Nacional de Servicio Civil mantendrá al día:

- Una lista de las clases de puestos y de las series o grados ocupacionales que se determinen.
- Un manual de especificaciones de clases, definiendo los deberes, responsabilidades y requisitos mínimos de calificación de cada clase de puestos.
- Un manual que fije las normas para la clasificación de puestos.

Cada una de las clases debe comprender a todos los puestos que requieren el desempeño de deberes semejantes en cuanto a autoridad, responsabilidad e índole del trabajo a ejecutar, de tal manera que sean necesarios análogos requisitos de instrucción, experiencia, capacidad, conocimientos, habilidades, destrezas y aptitudes para desempeñarlos con eficiencia; que las mismas pruebas de aptitud puedan utilizarse al seleccionar a los candidatos; y que la misma escala de salarios pueda aplicarse en circunstancias de trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad.

Cada clase debe ser designada con un título que describa los deberes requeridos y dicho título deberá ser usado en los expedientes y documentos relacionados con nombramientos, administración de personal, presupuesto y cuentas.

Ninguna persona puede ser nombrada en un puesto en el Servicio por Oposición y en el Servicio sin Oposición, bajo un título que no haya sido previamente aprobado por la Oficina Nacional de Servicio Civil e incorporado al Plan Clasificación. Las clases pueden organizarse en grupos o grados, determinados por las diferencias en importancia, dificultad, responsabilidad y valor del trabajo de que se trate.

2.8. Derechos y obligaciones del servidor público

Además de las que determinen las leyes y reglamentos, son deberes de los servidores públicos:

- Jurar, acatar y defender la Constitución de la República.
- Cumplir y velar porque se cumpla la presente ley y sus reglamentos.
- Acatar las órdenes e instrucciones que les impartan sus superiores jerárquicos, de conformidad con la ley, cumpliendo y desempeñando con eficiencia las obligaciones inherentes a sus puestos y en su caso, responder de abuso de autoridad y de la ejecución de las órdenes que puedan impartir, sin que queden exentos de la responsabilidad que les corresponde por las acciones de sus subordinados.
- Guardar discreción, aun después de haber cesado en el ejercicio de sus cargos, en aquellos asuntos que por su naturaleza o en virtud de leyes, reglamentos o instrucciones especiales, se requiera reserva.

- Observar dignidad y respeto en el desempeño de sus puestos hacia el público, los jefes, compañeros y subalternos, cuidar de su apariencia personal y tramitar con prontitud, eficiencia, e imparcialidad los asuntos de su competencia.
- Evitar dentro y fuera del servicio la comisión de actos reñidos con la ley, la moral y las buenas costumbres, que afecten el prestigio de la Administración pública.
- Asistir con puntualidad a sus labores.
- Actuar con lealtad en el desempeño de sus funciones.
- Aportar su iniciativa e interés en beneficio de la dependencia en la que sirvan y de la Administración pública en general.
- Atender los requerimientos y presentar los documentos e informaciones que la Junta o la Oficina Nacional de Servicio Civil les solicite, para los efectos de esta ley.

Según el Artículo 74 de la Ley del Servicio Civil, para garantizar la buena disciplina de los servidores públicos, así como para sancionar las violaciones de las disposiciones prohibitivas de esta ley y demás faltas en que se incurra durante el servicio, se establecen cuatro clases de sanciones:

- Amonestación verbal, que se aplicará por faltas leves, según lo determine el reglamento de esta ley.
- Amonestación escrita, que se impondrá cuando el servidor haya merecido durante un mismo mes calendario, dos o más amonestaciones verbales o en los demás casos que establezca el reglamento de esta ley.

- Suspensión en el trabajo sin goce de sueldo hasta por un máximo de treinta días en un año calendario, cuando la falta cometida sea de cierta gravedad; en este caso, deberá oírse previamente al interesado.
- La suspensión del trabajo sin goce de sueldo procederá también en los casos de detención y prisión provisional, durante todo el tiempo que una u otra se mantenga si se ordenare la libertad del detenido, o se dictare sentencia absolutoria en el caso de prisión provisional, será el servidor reintegrado a su cargo dentro de un término de treinta días a contar desde aquel en que hubiere salido de la prisión; quien lo sustituyó, tiene derecho a que su nombre sea colocado en el primer lugar de la lista de elegibles, correspondiente a la clase de puesto que ocupaba.

Los objetivos y principios de la Ley de Servicio Civil deben ser: garantizar a la Nación la eficiente operación de los servicios públicos, afirmar y proteger la dignidad de los trabajadores del Estado; remunerar el correcto desempeño de cada cargo público en forma justa y decorosa; establecer que a igual trabajo desempeñado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad, corresponda igual salario; estabilizar el desempeño de los distintos puestos de la Administración Pública mediante la eliminación de factores de preferencia puramente personal de los respectivos nombramientos, ascensos y despidos; propiciar que la Administración Pública invierta sus recursos económicos en forma ordenada y cuidadosa en el pago de servicios personales, manteniendo estos gastos dentro del mínimo compatible con las necesidades del país, y en especial, reconocer que la relación de trabajo de los empleados del Estado constituye un función pública, cuyo acertado desempeño es fuente de deberes y de derechos especiales.

2.9. Suspensión y terminación de la relación funcional

Todo servidor público del servicio por Oposición que hubiere sido despedido por cualesquiera de las causales señaladas en el Artículo 76 de la Ley del Servicio Civil,

Decreto 1748 del Congreso de la República de Guatemala, podrá reingresar al Servicio Civil después de haber transcurrido tres años, contados desde la fecha de la comisión del acto que dio lugar al despido, siempre que durante tal período hubiere observado buena conducta y se someta a las pruebas de selección de personal establecidas por esta ley y sus reglamentos. Se exceptúan quienes hubieren sido condenados por los delitos de traición, violación de secretos, infidelidad en la custodia de documentos, usurpación de funciones, exacciones ilegales, cohecho, malversación de caudales públicos, fraude, falsedad y falsificación de documentos públicos, asesinato, y en general todos aquellos delitos contra el patrimonio del Estado.

Según el Artículo 76 de la Ley del Servicio Civil, Los servidores públicos del Servicio por Oposición y sin Oposición, sólo pueden ser destituidos de sus puestos, si incurrir en causal de despido debidamente comprobada.

Son causas justas que facultan a la autoridad nominadora para remover a los servidores públicos del Servicio por Oposición, sin responsabilidad de su parte:

- Cuando el servidor se conduzca durante sus labores en forma abierta inmoral o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho, contra su jefe o los representantes de éste en la dirección de las labores.
- Cuando el servidor cometa alguno de los actos enumerados en el inciso contra otro servidor público, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina o interrumpan las labores de la dependencia.
- Cuando el servidor, fuera del lugar donde se ejecutan las labores y en horas que no sean de trabajo, acuda a la injuria, a la calumnia o la vías de hecho contra su jefe o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que, como consecuencia de ellos, se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo.

- Cuando el servidor cometa algún delito o falta contra la propiedad en perjuicio del Estado, de alguno de sus compañeros de labores, o en perjuicio de tercero en el lugar de trabajo; asimismo, cuando cause intencionalmente, por descuido o negligencia, daño material en el equipo, máquinas, herramientas, materiales, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e indudable con el trabajo.
- Cuando el servidor falte a la debida discreción, según la naturaleza de su cargo, así como cuando revele los secretos que conozca por razón del puesto que ocupe.
- Cuando el servidor deje de asistir al trabajo sin el correspondiente permiso o sin causa debidamente justificada, durante dos días laborales completos o durante cuatro medios días laborales en un mismo mes calendario. La justificación de la inasistencia debe hacerse al momento de reanudar sus labores, si no lo hubiera hecho antes.
- Cuando el servidor se niegue de manera manifiesta a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades.
- Cuando el servidor se niegue de manera manifiesta a acatar las normas o instrucciones, que su jefe o su representante, en la dirección de los trabajos le indique con claridad para obtener la mayor eficiencia y rendimiento en las labores.
- Cuando el servidor viole las prohibiciones a que está sujeto o las que se establezcan en los manuales o reglamentos internos de la dependencia en que preste sus servicios, siempre que se le aperciba una vez por escrito. No será necesario al apercibimiento en los casos de embriaguez cuando, como consecuencia de ella, se ponga en peligro la vida o la seguridad de las personas o los bienes del Estado.

- Cuando el servidor incurra en negligencia, mala conducta, insubordinación, marcada indisciplina, ebriedad consuetudinaria, o toxicomanía en el desempeño de sus funciones.
- Cuando el servidor sufra la pena de arresto mayor o se le imponga prisión correccional por sentencia ejecutoria.
- Cuando el servidor incurra en actos que impliquen cualquier otra infracción grave de esta ley y sus reglamentos, de los reglamentos internos o manuales de la dependencia en que preste sus servicios.

CAPÍTULO III

3. Los trabajadores autónomos

3.1. Generalidades

El derecho del trabajo al resolver la tuición jurídica del empleado subordinado, no se ha detenido en la profundización de este fenómeno, olvidando que la noción de dependencia debe volver la mirada a la dependencia económica característica de los primeros tiempos del derecho del trabajo o que por otro lado deba extender expansivamente el concepto de dependencia a prestaciones parasubordinadas o cuasilaborales como las han calificado los juristas italianos y alemanes, respectivamente, para referirse a relaciones en que la subordinación no se presenta en su sentido tradicional. El trabajo autónomo es nombrado en el foro guatemalteco como trabajo independiente, por lo cual en el desarrollo de la presente investigación se le designa con uno u otro término. El aparecimiento en el derecho del trabajo como disciplina jurídica autónoma, tiene su origen en una doble realidad: la evidencia de una relación jurídica con características propias, llamada trabajo, y la insuficiencia del derecho civil para resolver los problemas que presentaba esa relación jurídica en la que, peculiarmente, el objeto del contrato era el trabajo humano, la propia persona del trabajador que se ponía a disposición del empleador, para que éste aproveche su trabajo, lo cual generaba una serie de problemas de tipo ético, social y jurídico, que han sido desarrollados en el tiempo por la doctrina y la legislación laboral bajo lo que se conoce como régimen protector. Raso señala que: “El derecho del trabajo nace como un conjunto de normas para proteger el trabajo subordinado. Por lo tanto en principio, el trabajo independiente queda fuera del alcance tuitivo de la disciplina jurídica. Las nuevas formas de trabajo independiente atacan la esencia misma del derecho del trabajo, su dimensión, su esfera de actuación”¹⁶.

¹⁶ Raso Delgue, Juan. **Problemática actual del contrato individual del trabajo. La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente**, ponencia. Pág. 3.

Hace un siglo, el derecho del trabajo dejó la casa paterna del derecho civil y se llevó a algunos hermanos consigo, expresando un carácter expansivo. Hoy, al borde del tercer milenio, regresa a la casa paterna para introducirse en ella y proteger a otros hermanos que se quedaron allí.

Conceptualmente, las características del contrato de trabajo dependiente (*locatio operarum* o actividad laboral puesta a disposición del empleador) frente a la locación de servicios (*locatio operis* o ejecución de obra o servicio), separaban el derecho laboral y el civil, y por consiguiente las consecuencias jurídicas y económicas del trabajo individual en cada caso. No había mayor dificultad para jueces y académicos en discernir los casos límite, contando con las características propias de cada prestación, más aún por el carácter expansivo del derecho del trabajo y la claridad de la aplicación de sus principios.

“Los indicadores de la subordinación eran la relación jerárquica; la sujeción a la función organizadora y directiva del titular y a la actividad propia de la empresa; la dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección y control y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación y la ajenidad, entre otros; y como criterios para excluir la subordinación, la utilización de medios de producción propios; el uso de servicios de terceros; la percepción no salarial; el cumplimiento de prestaciones sociales por el locador; la organización autónoma y la no sujeción a órdenes o instrucciones, así como la ausencia de controles; la posibilidad de sustituir al prestador del servicio; la real o relativa equiparidad jurídica; la asunción de riesgos y gastos por el prestador del servicio; la percepción de ingresos (honorarios) usualmente mayores a los salariales para el prestador; la prestación del servicio o la ejecución de la obra por cuenta e interés propio; la no exclusividad y la temporalidad, entre otros”¹⁷.

¹⁷ Goldín, Adrián y Silvio Feldman. **Protección de los trabajadores**, Pág. 13.

Por ello, hasta hoy la línea divisoria entre el trabajo en relación de dependencia y el trabajo independiente era muy clara. Se delimitaba por el criterio de subordinación, el cual no representaba mayores dificultades para ser definido, tanto en su aspecto jurídico, como en sus aspectos técnico y económico.

3.2. Dependencia en la relación de trabajo

La dependencia o subordinación han venido sufriendo cambios de enfoque que tienen que ver a su vez con cambios en la producción. El paradigma fordista que hacía fácil ver las diferencias entre subordinación y autonomía, ha sido superado por nuevas modalidades de relaciones personales de trabajo, no necesariamente del tipo clásico dependiente, aunque el tipo clásico no desaparezca.

En los últimos años se ha ido borrando la frontera entre el trabajo subordinado y el independiente, sus líneas se han ido desdibujando, ha crecido la duda en una zona intermedia en que el trabajo denominado "parasubordinado", puede quedar no incluido en el ámbito del derecho del trabajo. Hay muchas actividades que siendo trabajo personal, no quedan necesariamente calificadas como trabajo subordinado y, por consiguiente, comprendidas en el ámbito protector del derecho del trabajo, por ser consideradas prestaciones independientes.

No es casual la "civilización" del contrato de trabajo, es decir, la mayor frecuencia de relaciones contractuales civiles en el trabajo individual, porque éstas no generan obligaciones sociales, no se pagan con salario sino con honorarios, no están protegidas sino son autónomas, por lo cual generan autoprotección o simplemente desprotección, dependiendo de cómo se miren, no generan poder negociador colectivo sino negociación individual, caso por caso, en una relación comitente-locador, modificándose así el equilibrio de fuerzas en juego.

Por otro lado, hay que reconocer que la flexibilización laboral, el trabajo a distancia, la necesidad de reducir los costos sociales provocada por la competitividad

de la globalización, la empresa virtual a través del outsourcing o tercerización de servicios, los cambios tecnológicos en materia de comunicaciones, la automatización y la robótica, la decadencia del derecho colectivo por la crisis sindical, los cambios en la negociación colectiva y las nuevas características de los conflictos de trabajo, están produciendo modificaciones trascendentales a las que debemos enfrentarnos y que exigen de nosotros una definición para afirmar la existencia, importancia y vigencia del derecho del trabajo.

El dilema es, o bien entender que el derecho del trabajo tiene un marco específico que comprende la modalidad del trabajo subordinado (personal, ajeno, remunerado, dependiente, profesional y exclusivo) y que toda otra relación personal que no encaje dentro de las características de este, queda fuera; o bien, aceptar que esta realidad ha evolucionado y que hoy nos encontramos ante situaciones en que la dependencia está dada, no tanto por la subordinación jurídica, cuanto por la subordinación económica y que basta que esta se encuentre presente, para que resulte necesario extender a ella el grado de protección que requiere, por tratarse de un trabajo personal.

La realidad ha provocado que el derecho del trabajo reemprenda el camino de regreso hacia el derecho común de dónde salió para tenerlo en consideración, dando nuevamente actualidad a la locación de servicios que fue en realidad un antecedente del contrato de trabajo y ahora se ha convertido en el refugio para su deslaborización, cediendo tutela y protección a cambio de una pretendida igualdad de partes que en realidad no existe, precisamente por darse la dependencia económica a la que nos hemos referido. Esta vuelta al derecho común debería ser abarcativa y no sustitutiva de la protección.

Wilfredo Sanguineti sugiere que: “el trabajo que carece de todas las características típicas del vínculo laboral. No debe conducirnos a negarles naturaleza laboral o a sostener que se trata de contratos distintos al de trabajo, sino simplemente a entender que las mismas, dada su peculiaridad no llegan a alcanzar los requisitos de

goce que establecen las normas de carácter general para determinados derechos y no está previsto legislativamente un régimen o estatuto especial que las ampare, o éste es insuficiente, o carecen de relevancia a criterio del legislador, lo cual no obsta además, para que más adelante dicha situación pueda variar, dada la expandibilidad del rol protector del derecho del trabajo.”¹⁸:

Pero se podría ir más allá, ¿no habría que pensar acaso en un estatuto protector mínimo para todos aquellos casos en que exista una prestación de trabajo personal que implique dependencia económica, todo ello sin perjuicio de los derechos de protección reconocidos para aquellos que se encuentran en una relación jurídica laboral típica?

La preocupación del derecho del trabajo por la protección del trabajador subordinado o en relación de dependencia, posiblemente ha limitado su carácter expansivo y nos ha hecho olvidar la necesidad de pensar en la tutela del trabajo económicamente dependiente o del trabajo individual independiente, sea real o ficticia su independencia.

¿No será que ha llegado el momento de establecer una forma de expansión protectora a todas las formas de relación personal de trabajo en que se dé la existencia de una dependencia económica, sin que interese tanto la denominación o forma del contrato o su carácter formalmente o marcadamente civil o mercantil?

Estaríamos así fortaleciendo el principio de primacía de la realidad y podríamos encontrar una fórmula para vincular la tradicional locación de servicios personales con formas de protección del trabajo subordinado, o en todo caso, de establecer un repertorio mínimo de condiciones a todo trabajo humano individual, en que exista dependencia económica.

¹⁸ Sanguinetti Raymond, Wilfredo, **Contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo**, Págs. 145 y 146.

Vale la pena señalar que el derecho del trabajo prestó al derecho tributario este principio, que los tributaristas denominan realidad económica, que les permite una interpretación flexible y abarcativa de los hechos económicos como hechos imposables y por lo tanto sujetos a la norma tributaria. Esto puede servirnos para reenfocar este principio en el derecho del trabajo que más ha servido para identificar o defender su ámbito de aplicación que para extender su protección.

3.3. Problemática del trabajo autónomo o independiente

El problema de la protección vista desde la subordinación o dependencia laboral se presenta en la realidad de nuestros países, al menos en el caso del Perú, de manera notable, dentro de un marco totalmente diferente al que nos pueden presentar los países desarrollados porque en éstos predomina el mundo formal, se controla el desempleo, y el fraude y la elusión son marginales, mientras que en aquéllos, en especial en el caso peruano, predomina el sector informal (que constituye más de la mitad de la población económicamente activa), hay una alta tasa de evasión de obligaciones legales en general y de obligaciones sociales y laborales en particular, con el agravante de una débil presencia del Estado desde el lado de la protección y la prevención.

La forma tradicional de trabajo subordinado no es pues la regla sino la excepción y, en consecuencia, sus posibilidades abarcativas del mundo laboral, en general, son escasas.

La tendencia creciente a considerar el trabajo como una mercancía, a reducir los niveles salariales y a considerar como sobrecosto las cargas sociales que en el fondo son un costo laboral, han llevado a precarizar fuertemente el nivel de protección y a difundir de manera amplia la utilización de formas civiles o mercantiles de contratación o aun de contratos modales, como una manera de eludir el compromiso protector. Hoy nos encontramos con pseudo contratos de servicios personales y con pseudo empresas tercerizadas.

Como hemos mencionado anteriormente, dentro de una regla general que obedecía a la concepción dominante de relación laboral tradicional, era fácil establecer quiénes estaban dentro de ella y quiénes fuera. Pero hoy, debido no solamente a los factores antes indicados, sino en especial a las transformaciones que está sufriendo el trabajo en el mundo, ya no es tan fácil aplicar estos criterios.

Lo curioso es que la globalización arrastra a los países en desarrollo rápidamente hacia formas de trabajo propias de los países desarrollados, pero dentro de una realidad absolutamente precaria como la que hemos descrito que no nos permite resolver fácilmente las contradicciones, reales o aparentes, de la protección.

Hemos señalado anteriormente cómo las modalidades del trabajo personal y de la organización de las empresas han significado cambios trascendentales en el derecho del trabajo.

Hoy, más bien el trabajo se torna más individual, más calificado, polivalente, profesional, informatizado, descentralizado, creativo y flexible en horarios y jornadas.

“Se presentan nuevas formas del ejercicio del poder directivo a través de una mayor autonomía del prestador del servicio que implican una presencia diferente de la dirección técnica mediante, no tanto de órdenes directas, o del establecimiento del lugar de trabajo y la dirección técnica del mismo, sino más bien, a través de la coordinación de las decisiones, de responsabilidades compartidas horizontalmente, de impartir instrucciones precisas y obtener la ejecución autónoma de las mismas, de señalar parámetros de resultados y rendimiento y de una estructura remunerativa que trasciende muchas veces al salario y que pasa por incentivos, bonos de resultados, formas de participación o regímenes tarifarios, que difieren obviamente del esquema salarial tradicional al que todos estábamos acostumbrados”¹⁹.

¹⁹ Ray, Jean Emmanuel. **Las fronteras de la dependencia**, Ponencia. Pág. 26.

Las instituciones y categorías del derecho del trabajo de los brazos y de los cuerpos, el derecho del trabajo de la usina, deben dejar lugar a un derecho del trabajo de los cerebros que implica, sin lugar a dudas, un cambio notable en cuanto al grado de autonomía técnica y funcional del trabajador, pero, mas propiamente, un cambio en las formas de ejercicio del poder del empleador.

Lo que se podría calificar como la empresa virtual, es otro de los aspectos que caracterizan los cambios ocurridos. Cada día es más frecuente la tercerización de servicios, la sesión de derechos de fabricación o comercialización, el uso de grandes centrales de suministros y distribución, la intermediación laboral en empresas de uso intensivo de mano de obra y la organización de las empresas en cuerpos segmentados de servicios cuyo nivel de decisión o de dirección se encuentran más allá de sus componentes. En estos casos no es fácil identificar al empleador directo de los servicios, salvo por criterios de unidad económica o titularidad patrimonial pero, en la realidad, el beneficiario final o último de todas estas prestaciones no se responsabiliza en la práctica por las obligaciones laborales de sus trabajadores indirectos, sean o no dependientes.

Salvo los casos de excepción, que confirman la regla de la protección a través de los elementos que nos permiten establecer dónde hay una prestación laboral subordinada, en general, cada día encontramos más organizaciones empresariales que sirven a terceras organizaciones de manera no exclusiva y que guardan con sus propios trabajadores relaciones estables de dependencia, convirtiéndose así la actividad principal de la empresa empleadora en una de las actividades que conforman el negocio principal de la empresa beneficiaria, mezclándose en el mismo ámbito prestaciones subordinadas y autónomas, reales o ficticias, que no tienen otro objeto que el abaratamiento de costos y la disminución de responsabilidad frente a los laborantes.

Correlativamente a estos acontecimientos, el Estado, y me refiero particularmente al caso del Perú, no ha tenido la convicción política o moral para

cumplir su función preventiva y protectora, dando paso en la práctica a soluciones marginales al espíritu y sentido de la legislación y otorgando lo que podría llamarse una verdadera patente de corso a los empresarios que, aplicando prácticas deslaborizadoras sin ningún control práctico por parte del Estado, han conseguido en muchos casos precarizar el empleo de manera notoria.

Demás está comentar que las repercusiones de estos fenómenos más allá del ámbito de las relaciones individuales de trabajo es evidente, pues la deslaborización de esta relación individual afecta de modo directo ya no solamente a la protección mínima de que debe gozar el trabajo individual, sino que afecta a las relaciones colectivas de trabajo, pues provoca por un lado, una disminución ostensible de la afiliación sindical con la consiguiente disminución, tal como ha ocurrido en el Perú, del número de organizaciones sindicales registradas, ya que todos los nuevos centros de trabajo creados en los últimos años normalmente no cuentan con sindicato; sino también, afectan a la negociación colectiva pues a pesar de que no se requiere la presencia de un sindicato para negociar colectivamente, de acuerdo con la ley peruana, es evidente que el control por el empresario de las condiciones del mercado laboral a través de estos procesos de deslaborización de las relaciones, disminuye, impide y hasta desaparece la presencia de la negociación colectiva.

Podría decirse que un fenómeno como la deslaborización del trabajo, que de alguna manera siempre ocurrió en el mundo laboral pero que resultaba marginal, pues constituía la excepción, hoy se ha convertido en regla.

Si el derecho del trabajo no reacciona creativamente, no sería extraño ver muy pronto la reinstalación del contrato civil en el mundo del trabajo.

“Es muy frecuente que algunos especialistas señalen que detrás de los acontecimientos que hemos descrito, hay una especie de designio ideológico o un ataque ideológico de corte neoliberal al derecho del trabajo”²⁰.

Se considera dudoso achacar al neoliberalismo o a las "sagradas" leyes del mercado la aparición y el desarrollo de las tendencias que venimos comentando, en una especie de capitulación ante la economía liberal y el aseguramiento de los resultados macroeconómicos, que nos distancian del valor del hombre y sus necesidades.

Ello no es así, porque sostener lo contrario o mediante una varita mágica obtener lo contrario, es decir, volver al mundo del trabajo y del derecho tradicional, simplemente no es un ideal, ni es posible.

Creo que de un análisis ponderado de las realidades que estamos viviendo en el mundo del derecho del trabajo, se puede concluir que existe una mezcla de muchos factores. El primero de ellos, la reducción del planeta mediante aquello que denominamos globalización. Este es un hecho real que se refleja en los convenios comerciales multilaterales, que por los intereses de los centros mundiales de la economía, pretenden manejar a través de criterios de intercambio comercial, lo que nosotros denominamos ventajas comparativas, como una suerte de mecanismo para evitar el denominado dumping social, insoportable falacia que ni siquiera vale la pena rebatir en estas líneas por ser un tema tratado hasta la saciedad en los últimos años.

En todo caso, la figura del consumidor, como debido beneficiario del mercado, aunque no se puede utilizar como un argumento absoluto o único y a veces resulta hasta un pretexto, podría ser más real y más justa pues, en la práctica, todos los costos y las ineficiencias de la producción se trasladan al consumidor.

²⁰ Ermida Uriarte, Óscar y Óscar Hernández Álvarez, **Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación**, Pág. 13.

Los cambios en la organización de las empresas y en las formas de trabajo son también realidades que han provocado la situación planteada.

Pero hay al mismo tiempo un factor propio del derecho del trabajo que ha contribuido a ello: su carácter tradicionalmente unidireccional, progresivo y garantista se ha enfrentado a las corrientes flexibilizadoras que en el caso del Perú, al menos, considero que fueron procesos de adaptación a una nueva realidad más que una verdadera desregulación inspirada por un satánico neoliberalismo ya que, ideológicamente, estoy seguro que salvo muy contadas excepciones, no hemos tenido en la última década algún político que se haya sustraído al tradicional marco ideológico estatista socializante que ha caracterizado a nuestros fracasados gobiernos de los últimos treinta años.

Más allá del acertado comentario del maestro Plá Rodríguez, que señala: “la flexibilización se ha apoyado en la simpatía de la palabra flexible frente a la antipatía de las palabras de signo opuesto, también es cierto que, al menos en el caso peruano, nuestro país fue el único de la región que adoptó un sistema rígido de estabilidad absoluta, paradójicamente impuesto sin debate ni consulta, por la dictadura militar que asoló al Perú en la década del setenta, por lo cual, regresar a un régimen flexible existente antes de la dictadura militar, del que por lo demás ya disfrutaban otros países de la región, difícilmente podría calificarse como una flexibilización excesiva o salvaje”²¹.

Fue más bien una indebida aplicación del marco legal, una perforación del sistema legal al introducirse modificaciones restrictivas a las normas originales, ocurridas en una etapa en que no había gobierno democrático constituido y al mismo tiempo, una falta de presencia del Estado en los aspectos de prevención y protección, los que conspiraron para convertir en insuficiente y en algunos casos negativo, el marco legal laboral. Tal es el caso de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que resultó mediatizada y ha provocado dieciséis observaciones de la OIT.

²¹ Plá Rodríguez, Américo. **Impacto de las políticas de ajuste en el derecho laboral**, Págs. 23-24.

Lo que ha ocurrido en la práctica es que la flexibilización ha traído como consecuencia, más que una disminución de beneficios individuales, un fortalecimiento del poder de dirección como reacción a la rigidez, que se ha reflejado, por falta de presencia del Estado, en una deslaborización de los contratos de trabajo, en una precarización del empleo a través de la intermediación y en una limitación práctica al desarrollo del derecho colectivo de trabajo.

Como señala Goldín "en el contexto de transformaciones tan profundas se advierte que el concepto tradicional de dependencia laboral se alinea en una tendencia -que parece creciente e irreversible- de pérdida de abarcatividad"²².

Esta crisis de la dependencia va en la dirección no sólo de la flexibilidad o la desregulación sino, especialmente, hacia el criterio de contratación civil, propio de la autonomía de la voluntad, que tiende a privilegiar lo convenido en el contrato sobre la protección, disminuyéndola o acaso, terminándola.

Por ello, la situación merece repensar el tema de la subordinación o dependencia de una manera creativa para buscar una solución a lo que, a pesar de ser un avance incontenible, antiprotector, no impide buscar alternativas que permitan la continuidad de la misión principal del derecho del trabajo: restringir o limitar el poder jerárquico del empleador para evitar que el poder de dirección se convierta en abusivo, para poner un cauce al jus variandi y para no modificar arbitrariamente las condiciones de empleo.

Como manifestamos al inicio, el derecho del trabajo vino a dar soluciones a una realidad jurídica que no se podía desenvolver satisfactoriamente dentro de los cauces del derecho civil. En este sentido, la figura laboral de la dependencia ha definido históricamente el campo de acción del derecho del trabajo, sobre todo en tiempos en que la organización del trabajo dependiente predominaba, estaba claramente definida y no se vislumbraban los cambios que hoy se han producido en la realidad de las

²² Goldín, Adrián. **Ob. Cit.** Pág. 2.

relaciones laborales, contando además con una legislación expansiva y una jurisprudencia eficaz que iba calificando, clasificando e incluyendo una serie de casos dentro del esquema básico así definido.

La parte más débil de la relación laboral, el trabajador, veía como se iba configurando cada vez más claramente la naturaleza de la relación jurídica de la que era parte, así como su repertorio protector a través de la aplicación a los casos concretos de los principios de este derecho que inspiraban a la norma, suplían sus vacíos y servían al juez para su recta aplicación.

Sin embargo, los cambios observados en la realidad, si bien disminuyen la dependencia, no disminuyen el poder del empleador y, por lo tanto, hacen necesaria la tutela. Disminuyen los controles jerárquicos, predomina la capacidad técnica y el uso del conocimiento, aparece el trabajo a distancia, se flexibilizan los horarios y el poder disciplinario pero se mantiene el control dominante directo o indirecto del poder del empleador, no siendo entonces tan importante la protección en razón de la subordinación jurídica cuanto en razón de la desigualdad contractual. Podría decirse, vista las tendencias actuales, que a más desigualdad contractual, se da una menor dependencia jurídica.

Entonces, una de las formas de resolver la ecuación pasa por extender la protección más allá del dependiente evidente, para abarcar al parasubordinado o cuasiempleado y por determinar la dependencia económica, estableciendo los supuestos o indicadores que permitan aplicar la tutela.

La prestación personal, la exclusividad o cuasiexclusividad de la misma, la continuidad de la labor, la principalidad de la prestación económica y la existencia o no de riesgo empresarial en el prestador, entre otras características, podrían definir los casos de protección más allá del enfoque tradicional de dependencia.

Así, un individuo que trabaja en una locación de servicios pero no tiene una organización propia, no corre el riesgo del negocio, no utiliza servicios de terceros, no puede determinar con autonomía la organización de su negocio o de su capital, o no puede prestar servicios a varios comitentes, o resulta dependiente a través de las funciones de coordinación con dicho comitente y continúa prestando tales servicios en el tiempo sin agotar su resultado y sin el carácter temporal típico de la locación de servicios, evidentemente que estaría en una relación de subordinación económica suficiente como para requerir de una protección mínima a través de las normas de trabajo.

Habría que llegar a un enunciado genérico que sentara las bases de una protección extendida del derecho del trabajo a prestaciones de servicios personales en que existiera dependencia económica aunque no jurídica o técnica, con el fin de ir delineando las ideas orientadoras que permitan calificar una prestación como protegida.

Goldín señala que otro camino sería el de asignar protección a grupos profesionales específicos, pese a no exhibir con nitidez el rasgo de subordinación, por evidenciar desde una perspectiva económica una clara situación de sujeción y consiguiente necesidad de tutela. Es decir, se trata de definir una protección más que de definir el tipo de subordinación. Continúa diciendo que:

“En tal hipótesis, la definición de estos nuevos centros de imputación normativa, beneficiarios de algunos contenidos tutelares comunes pero de contenidos diversos en el resto de sus respectivos estatutos, sería el producto de un proceso de recalificación determinado, insisto, menos por la naturaleza en sí de cada desempeño, mucho más por los contenidos de la protección”²³.

Un problema que nos plantea Supiot es el enfoque diacrónico:

²³ **Ibid.**

“A desmenuzar los resortes del cambio para intentar comprender mejor su rumbo. Pero, para hacer esta labor, también hay que navegar entre dos escollos. El primero consiste en desorbitar las transformaciones sobre las que se nos invitó a reflexionar. En un mundo cambiante es muy fuerte la tentación de tomar la parte en movimiento por el todo, y de pasar por alto las fuerzas de conservación del sistema social. Por lo mismo que la persistencia de un desempleo de larga duración no significa el final del trabajo para toda la sociedad, el auge de nuevas formas de ocupación (por ejemplo, el teletrabajo) no implica necesariamente la desaparición de las formas antiguas. Es, en cambio, cierto que el desempleo o las nuevas formas de empleo no son epifenómenos marginales, sino que ponen en tela de juicio, los mecanismos centrales de funcionamiento de nuestras sociedades. Por consiguiente, el segundo escollo consiste en menospreciar la importancia de esos cambios y en atenerse meramente a unos principios heredados del modelo industrial, por estimar que siguen dominando el derecho del trabajo y correspondiendo a la situación de un número muy grande de trabajadores en el mundo. En realidad, las prácticas laborales han sido siempre muy variadas, y el modelo industrial no ha sido nunca universal. Ahora bien, este modelo ha servido de referencia para el derecho laboral de los países occidentales y también, en gran medida, para el derecho internacional del trabajo, y tal y como ha sido fijado, sobre todo, mediante la labor normativa de la Organización Internacional del Trabajo. Se trata, por lo tanto, de dilucidar si, y hasta qué punto, han cambiado los puntos referencia en el modo de concebir la relación de trabajo”²⁴.

Parecería ser que más allá del trabajo realmente subordinado hay una tercera categoría de trabajadores jurídicamente independientes o autónomos pero económicamente dependientes y que tiende a generalizarse y ello repercute en el nivel de protección de que gozan o deberían gozar.

En efecto, se tiene que no solamente un sector menos protegido, sino una zona gris más amplia entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo independiente. En ella se encuentran personas jurídicamente independientes pero económicamente

²⁴ Supiot, Alain. **Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa**, Pág. 4.

dependientes y trabajadores jurídicamente dependientes que más parecen autónomos, tal es el caso de ciertos gerentes y representantes de empresas. Cabría pensar en un marco o un derecho común del trabajo que pueda comprender a diversas situaciones como al trabajo subordinado tradicional, al cuasi subordinado que es el económicamente dependiente, propiciando así una mayor igualdad entre los ciudadanos que trabajan de manera personal y subordinada o con relativa autonomía.

Lo anterior es una tarea del derecho laboral pues como bien señala Supiot, su función histórica ha consistido "en apuntalar las bases de la cohesión social, lo cual dejará de ser posible si no se amolda a la evolución de los modos de organización del trabajo de la sociedad actual y se limita a regir los que lo engendraron (que están actualmente en declive)"²⁵.

Mucho se ha hablado sobre los trabajadores no subordinados y que su contratación corresponde más bien a un contrato civil, tal el caso de algunos comisionistas, socios de cooperativas, asesorías u otros. No obstante, como señala el tratadista italiano Brignoni: "El criterio de la subordinación jurídica no resuelve un importante número de situaciones donde falta o no se percibe claramente la dependencia jurídica, pero si la dependencia de tipo económica, idéntica a la que originó el surgimiento como concepto jurídico"²⁶. Se viola el principio tutelar que informa al derecho del trabajo, cuando los sujetos que se encuentran desarrollando una actividad económica que no es tomada por la legislación nacional guatemalteca como de trabajo, sino más bien civil y por lo tanto, se contempla aplicarle dicha materia.

Es el hecho de la prestación de servicio. La diferencia que existe con el contrato de trabajo es que en este existe un acuerdo de voluntades, en cambio la relación es el hecho mismo de la prestación.

²⁵ **Ibid.**

²⁶ Brignoni, Alberto. **El trabajo subordinado**, pág. 484.

Hace un siglo, el derecho del trabajo dejó la casa paterna del derecho civil y se llevó a algunos hermanos consigo, expresando un carácter expansivo. Hoy, al borde del tercer milenio, regresa a la casa paterna para introducirse en ella y proteger a otros hermanos que se quedaron allí.

Conceptualmente, las características del contrato de trabajo dependiente (*locatio operarum* o actividad laboral puesta a disposición del empleador) frente a la locación de servicios (*locatio operis* o ejecución de obra o servicio), separaban el derecho laboral y el civil, y por consiguiente las consecuencias jurídicas y económicas del trabajo individual en cada caso. No había mayor dificultad para jueces y académicos en discernir los casos límite, contando con las características propias de cada prestación, más aún por el carácter expansivo del derecho del trabajo y la claridad de la aplicación de sus principios.

Los indicadores de la subordinación eran la relación jerárquica; la sujeción a la función organizadora y directiva del titular y a la actividad propia de la empresa; la dación de órdenes e instrucciones y la voluntad prevaleciente del empleador; la dirección y control y el ejercicio del poder disciplinario y sancionador por quien proporciona el trabajo; el carácter personal del servicio, la exclusividad, la continuidad, el horario y los controles; el marco reglamentario interno, la prestación diaria, la disponibilidad personal, el lugar específico de la prestación y la ajenidad, entre otros; y como criterios para excluir la subordinación, la utilización de medios de producción propios; el uso de servicios de terceros; la percepción no salarial; el cumplimiento de prestaciones sociales por el locador; la organización autónoma y la no sujeción a órdenes o instrucciones, así como la ausencia de controles; la posibilidad de sustituir al prestador del servicio; la real o relativa equiparidad jurídica; la asunción de riesgos y gastos por el prestador del servicio; la percepción de ingresos (honorarios) usualmente mayores a los salariales para el prestador; la prestación del servicio o la ejecución de la obra por cuenta e interés propio; la no exclusividad y la temporalidad, entre otros.

El hecho de que el contrato o la relación de trabajo coexistan con otra de diferente índole, no le hace perder su naturaleza laboral. Existe el contrato y la relación de trabajo, entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe.

Como elemento natural del contrato en el concepto legal, indica la ausencia de riesgo de la doctrina jurídica y la experiencia considera importante, especialmente para distinguirlo de otras vinculaciones no laborales. Consigna la posibilidad de coexistencia del contrato de trabajo con otro u otros de naturaleza distinta, manteniendo aquél su naturaleza.

La exclusividad para la prestación de los servicios, se estima que debe adecuarse la normal a las disposiciones de la Constitución de la República, regulando la libertad para establecer más de una relación de trabajo. No obstante que podría pensarse que a la larga esta disposición entra en confrontación con la tendencia a reducir la jornada laboral, que constantemente se universaliza, la realidad de la vida laboral aconseja permitir que el trabajador pueda optar por más de una relación o vínculo laboral.

Una relación en términos generales es la “actividad profesional cuyo fin es, mediante gestiones personales o con el empleo de las técnicas de difusión y comunicación, informar sobre personas, empresas, instituciones, etc., tratando de prestigiarlas y de captar voluntades a su favor”²⁷.

El derecho del trabajo nace como un conjunto de normas para proteger el trabajo subordinado. Por lo tanto en principio, el trabajo independiente queda fuera del alcance tuitivo de la disciplina jurídica. Las nuevas formas de trabajo independiente atacan la esencia misma del derecho del trabajo, su dimensión, su esfera de actuación.

Habrá ocurrido en realidad que el derecho del trabajo al resolver la tución jurídica del empleo subordinado, que además era la forma de trabajo predominante, no se ha quedado extasiado en la contemplación y profundización de este fenómeno,

²⁷ Biblioteca de Consulta Microsoft.

olvidando que la noción de dependencia debía volver la mirada a la dependencia económica característica de los primeros tiempos del derecho del trabajo o debía extender expansivamente el concepto de dependencia a prestaciones parasubordinadas o cuasilaborales como las han calificado los juristas italianos y alemanes, respectivamente, para referirse a relaciones en que la subordinación no se presenta en su sentido tradicional.

Existen dos modalidades de poner fin a una relación laboral, la terminación y la rescisión, resaltando como características distintivas entre una y otra, lo siguiente: La terminación puede darse por mutuo consentimiento, por concluir el trabajo o plazo contratado, por incapacidad manifiesta o muerte del trabajador, fuerza mayor o caso fortuito, incosteabilidad de la explotación, agotamiento del objeto de una industria extractiva, la quiebra de la empresa; en general podemos decir que en la terminación los casos se encuentran previstos por la ley y para que surja alguna de las causas es necesario que se cumpla la condición o plazo previstos, existiendo también el mutuo consentimiento de las partes; a diferencia de la rescisión en la cual se necesita que alguna de las partes ya sea patrón o trabajador incurran en uno o más de los casos previstos por la ley, para que la otra parte pueda ejercitar su derecho de rescindir el contrato sin responsabilidad para él.

El Código de Trabajo establece que relación laboral 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"²⁸. Mario López Larrave, define la relación de trabajo en los siguientes términos: "El contrato individual de trabajo constituye indiscutiblemente la institución matriz en torno a la cual se ha venido construyendo el edificio del derecho laboral".²⁹

²⁸Ver artículo 19 del Código de Trabajo,

²⁹ López Larrave, Mario. **Contrato de trabajo por tiempo indefinido, a plazo fijo, y para obra determinada**. Pág. 8.

CAPÍTULO IV

4. El elemento de obra continuada en los contratos de trabajo en la legislación laboral guatemalteca

4.1. El elemento de la obra continuada

Trabajo coordinado es una hipótesis planteada por los tratadistas como Plá Rodríguez o Rasso Delgue, quienes el asignan el nombre de *tertium genus*, consistente en establecer como base análisis para determinar si la relación existente entre dos sujetos es de carácter laboral u otra diversa de esta, el hecho de que uno (quien puede ser el trabajador) preste el servicio al segundo (quien puede ser el patrono), de forma continua. En esta situación y no en otra, se está frente a una relación de trabajo; en cuyo caso se comprueba el *tertium genus* o trabajo de obra continuada. El elemento central de estudio en la presente investigación lo constituye el hecho de aplicar en la legislación laboral la llamada, como se dijo: hipótesis de un *tertium genus*, a la legislación laboral guatemalteca, como forma de solución a la situación de aquellos trabajadores que sin ser trabajadores subordinados jurídicamente, lo son económicamente, tal el caso de los trabajadores del estado, del servicio sin oposición.

Para comprender el fenómeno es necesario antes establecer las principales características del trabajo estándar, es decir:

El horario previsto es a tiempo completo;

La asunción para los trabajadores dependientes y el inicio de la actividad autónoma para los trabajadores independientes, tiene tiempos y lugares determinados;

Hay un fuerte diversidad de posición y papel entre quien trabaja como dependiente y quien al contrario trabaja como independiente.

En el trabajo atípico desaparecen uno u otro o todos los tres aspectos. Recurriendo a la literatura sobre el trabajo atípico, se pueden encontrar diversas definiciones, como por ejemplo, el trabajo atípico se caracteriza:

- Por la diversidad respecto al trabajo estándar, como una relación de trabajo en la cual falta una o más características de la relación subordinada a tiempo completo, la integración organizativa en la empresa, la obligación al tiempo indeterminado, el régimen constante de la prestación, la exclusividad de la relación y la oferta de la disponibilidad temporal;
- Como una prestación de trabajo, cuya característica fundamental es la falta o la insuficiencia de tutela formativa y contractual. En el área de trabajo atípico son incluidas todas aquellas formas de trabajo con modalidades de prestación de trabajo diversas del modelo estándar, es decir trabajo dependiente, con garantías formativas y contractuales, a tiempo indeterminado y full-time.

“Casi el 25% de la ocupación italiana es a carácter independiente, contra una media europea del 15%; eso confirma un modelo mediterráneo, representado por España e Italia, en el cual la porcentual del trabajo independiente sobre la ocupación total es mayor del 20%. Formas de trabajo autónomo son presentes sobre todo en los sectores terciarios, de aquello pobre a aquello medio-bajo y en las actividades precarias que se realizan en las temporadas en el sector de la agricultura y del turismo, en los transportes y en las telecomunicaciones. Además es presente una forma toda italiana de exteriorización de servicios: el subcontrato a las cooperativas. La disminución de los puestos de trabajo con contrato a tiempo indeterminado y estables se vincula no sólo a un mayor proceso de precariedad, sino también a la afirmación de actividades de carácter flexible e intermitente en un contexto de precariedad como

nueva frontera que supera el mercado del trabajo y se impone como modalidad del vivir cotidiano.”³⁰

En el caso de que nos encontremos ante una ejecución de obra, por lo limitado en el tiempo de la misma, es más difícil detectar cuando estamos, realmente, en presencia de esta característica tipificadora. En estos casos debemos entender que nos encontramos ante una relación dotada de continuidad cuando existan una pluralidad de obras realizadas sucesivamente para el mismo empresario. Mas difícil será entender la presencia de esta nota de continuidad cuando nos encontremos ante un relación consistente en la ejecución de obra aun cuando ésta se dilate en el tiempo.

No obstante, en estos casos, y ante la imposibilidad de apreciación del carácter continuo de la prestación, habremos de acudir a las restantes notas (coordinación y prestación personal) para dilucidar, caso por caso, cuando nos encontramos ante una prestación de carácter parasubordinado.

4.2. Los contratos de trabajo de los servidores públicos sin oposición

Para Guillermo Cabanellas: “son cuatro los elementos que sirven de base para el contrato de trabajo”³¹, los cuales son:

- La subordinación;
- La estabilidad en el empleo;
- La profesionalidad;
- El salario.

³⁰ **Ibid.**

³¹ Cabanellas, **Ob. Cit**; pág. 133.

La subordinación, es entendida como el estado de limitación de la autonomía del trabajador al que se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato, y que origina la potestad del empresario o patrono para dirigir la actividad de la otra parte, en orden del mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa. Esta ha sido considerada como uno de los elementos principales del contrato de trabajo. Es tan importante este elemento, que se ha llegado hasta tratar de cambiar en termino de "contrato de trabajo" por el de relación de trabajo, ya que la ley lo que siempre ha tratado es proteger es la relación de trabajo, y este es un elemento que sirve para determinar la verdadera naturaleza jurídica de la prestación del servicio. La subordinación empieza en el momento en que el trabajador principia a ejecutar la actividad en beneficio del patrono.

La estabilidad en el empleo se define como el derecho que incorpora al patrimonio económico del trabajador y revela la protección del Estado al mantenimiento del contrato de trabajo. Tiene como base una protección jurídica en beneficio del trabajador. La estabilidad en el empleo toma en cuenta dos aspectos muy importantes en favor del trabajador: En primer lugar, garantizarle la subsistencia permanente para el y su familia por medio de un salario seguro y continuado y, en segundo lugar, garantizarle que al final de su tiempo laborable, ya se deba al retiro, a la edad o por invalidez, tiene asegurada una pensión vitalicia. Nuestra legislación tiende a garantizar la estabilidad en el empleo, al decir: "Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario" Artículo 26 del Código de Trabajo.

La profesionalidad, es un termino técnico del vocablo "profesión", ya que no es el significado usual, sino uno de carácter especial. El termino se define así: "Genero de trabajo a que se dedica una persona en forma principal y habitual". También es necesario que el trabajador tenga cierta especialidad o conocimientos técnicos suficientes que lo califique para poder realizar la tarea ordinaria objeto del contrato. Es necesario que esa actividad que realiza sea subordinada y remunerada, como medio de lograr su subsistencia para el y su familia.

El Salario: el salario es la remuneración que el patrono paga al trabajador como contra -prestación por la actividad que este realiza en beneficio del empleador. El salario tiene el carácter de ser sinalagmático, es decir que del contrato de trabajo nacen obligaciones reciprocas e independientes. El trabajador esta obligado a realizar la actividad laboral para la cual ha sido contratado, y el patrono a su vez, esta obligado a pagar el salario convenido.

En el Artículo 18 del Código de Trabajo, los elementos determinantes del contrato de trabajo, son:

- La existencia del vínculo económico-jurídico, sin importar la denominación del contrato;
- La prestación del servicio o actividad laboral en una forma personal;
- La subordinación del trabajador a la dirección del patrono o su representante; y
- La retribución económica o salario que el patrono paga al trabajador como contraprestación en la relación laboral.

Ahora bien, en ninguna figura el concepto de obra continuada que propone la hipótesis del *tertium genus*.

Las características del contrato de trabajo son las siguientes:

- Es un contrato nominado, ya que se encuentra reglamentado en la ley laboral.
- Es un contrato dirigido, esto altera la regla contractual por cuanto el Estado fija los límites mínimos o máximos del contrato (jornada,

remuneración, etc.), esto con el objeto de nivelar la desigualdad entre las partes.

- Es un contrato bilateral, ya que produce obligaciones para ambas partes.
- Es un contrato oneroso, porque ambas partes esperan y obtienen una ventaja económica (utilidad) de la prestación de la contraparte.
- Es un contrato conmutativo, debido a que las prestaciones se miran como equivalentes.
- Es un contrato de tracto sucesivo, ya que las obligaciones de las partes se cumplen sucesivamente a lo largo de la duración del contrato.
- Es un contrato consensual ya que basta con la voluntad de las partes para que este se realice.
- Es un contrato normado, porque gran parte de su contenido proviene de fuentes externas, es decir, de leyes, convenios colectivos, disposiciones administrativas, etc.
- Es un contrato intuitu persona o contrato personalísimo respecto del trabajador.
- No es un contrato de adhesión, ya que permite que las dos partes incluyan cláusulas.

Siempre que se celebra un contrato individual de trabajo y alguna de las partes incumpla sus términos antes que se inicie la relación de trabajo, el caso se debe

resolver de acuerdo con los principios civiles que obligan al que ha incumplido a pagar los daños y perjuicios que haya causado a la otra parte, pero el juicio respectivo es de competencia de los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, los que deben aplicar sus propios procedimientos.

Toda prestación de servicios o ejecución de obra que se realice conforme a las características que especifica el artículo precedente, debe registrarse necesariamente en sus diversas fases y consecuencias por las leyes y principios jurídicos relativos al trabajo.

El patrono puede consentir que las leyes y principios de trabajo se apliquen desde la celebración del contrato individual de trabajo, aunque no se haya iniciado la relación de trabajo.

En el Código de Trabajo se encuentra la siguiente definición:

"Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma..."³²

El contrato de trabajo fue regulado en el código de trabajo en el año de 1,947 en el Decreto 330 en el Título II Capítulo primero; en el Código de Trabajo vigente Decreto 1,441 se encuentra regulado también en el Título II Capítulo I al igual que su ubicación en los Códigos de Trabajo, son pocas las modificaciones que ha sufrido estos dos Decretos.

Para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios

³² Ver Artículo 18 del Código de Trabajo, Decreto 1441 de El Congreso de la República.

o de la ejecución de la obra en las condiciones que determina el Artículo 19 del Decreto 1441.

El contrato individual de trabajo, como lo ordena el Artículo 20 del Código de Trabajo, obliga, no sólo a lo que se establece en él, sino:

- A la observancia de las obligaciones y derechos que el cuerpo de leyes mencionado o los convenios internacionales ratificados por Guatemala, determinen para las partes de la relación laboral, siempre, respecto a estos últimos, cuando consignen beneficios superiores para los trabajadores a los del Código; y
- A las consecuencias que del propio contrato se deriven según la buena fe, la equidad, el uso y costumbres locales o la ley.

Las condiciones de trabajo que rijan un contrato o relación laboral, no pueden alterarse fundamental o permanentemente, salvo que haya acuerdo expreso entre las partes o que así lo autorice el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa. Dicha prohibición debe entenderse únicamente en cuanto a las relaciones de trabajo que, en todo o en parte, tengan condiciones superiores al *mínimum* de protección que el Código de Trabajo otorga a los trabajadores.

Son condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra: 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 esté obligado el patrono.

Si el contrato individual de trabajo no se determina expresamente el servicio que deba de prestarse, el trabajador queda obligado a desempeñar solamente el que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición física, y que sea del mismo género de los que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique el patrono.

En todo contrato individual de trabajo deben entenderse incluidos por lo menos, las garantías y derechos que otorguen a los trabajadores la Constitución, el presente Código, sus reglamentos y las demás leyes de trabajo o de previsión social.

La falta de cumplimiento del contrato individual de trabajo o de la relación de trabajo sólo obliga a los que en ella incurran a la responsabilidad económica respectiva, o sea a las prestaciones que determinen este Código, sus reglamentos y las demás leyes de trabajo o de previsión social, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción contra las personas.

El contrato individual de trabajo, según el Artículo 25 del Código de Trabajo, puede ser:

- Por tiempo indefinido, cuando no se especifica fecha para su terminación.
- A plazo fijo, cuando se especifica fecha para su terminación o cuando se ha previsto el acaecimiento de algún hecho o circunstancia como la conclusión de una obra, que forzosamente ha de poner término a la relación de trabajo. En este segundo caso, se debe tomar en cuenta la actividad del trabajador en sí mismo como objeto del contrato, y no el resultado de la obra; y
- Para obra determinada, cuando se ajusta globalmente o en forma alzada el precio de los servicios del trabajador desde que se inician las labores hasta que éstas concluyan, tomando en cuenta el resultado del trabajo, o sea, la obra realizada.

Aunque el trabajador reciba anticipos a buena cuenta de los trabajos ejecutados o por ejecutarse, el contrato individual de trabajo debe entenderse para obra determinada, siempre que se reúnan las condiciones que se indicaron.

Todo contrato individual de trabajo, según el Artículo 26 del Código de Trabajo, debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario.

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 sólo 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.

El contrato individual de trabajo puede ser verbal cuando se refiera:

- A las labores agrícolas o ganaderas;
- Al servicio doméstico;
- A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de sesenta días; y
- A la prestación de un trabajo para obra determinada, siempre que el valor de ésta no exceda de cien quetzales, y si se hubiere señalado plazo para la entrega siempre que éste no sea mayor de sesenta días.

En todos estos casos el patrono queda obligado a suministrar al trabajador, en el momento en que se celebre el contrato, una tarjeta o constancia que únicamente debe contener la fecha de iniciación de la relación de trabajo y el salario estipulado y, al vencimiento de cada período de pago, el número de días o jornadas trabajadas, o el de tareas u obras realizadas.

En los demás casos, el contrato individual de trabajo debe extenderse por escrito, en tres ejemplares: uno que debe recoger cada parte en el acto de celebrarse y otro que el patrono queda obligado a hacer llegar al Departamento Administrativo de Trabajo, directamente o por medio de la autoridad de trabajo más cercana, dentro de los quince días posteriores a su celebración, modificación o novación.

El contrato escrito de trabajo, según el Artículo 29 del cuerpo de leyes mencionado, debe contener:

- Los nombres, apellidos, edad, sexo, estado civil, nacionalidad, y vecindad de los contratantes;
- La fecha de la iniciación de la relación de trabajo;
- La indicación de los servicios que el trabajador se obliga a prestar, o la naturaleza de la obra a ejecutar, especificando en lo posible las características y las condiciones del trabajo;
- El lugar o los lugares donde deben prestarse los servicios o ejecutarse la obra;
- La designación precisa del lugar donde viva el trabajador cuando se le contrata para prestar sus servicios o ejecutar una obra en lugar distinto de aquel donde viva habitualmente;
- La duración del contrato o la expresión de ser por tiempo indefinido o para la ejecución de obra determinada;
- El tiempo de la jornada de trabajo y las horas en que debe prestarse;

- El salario, beneficio, comisión, o participación que debe recibir el trabajador; si se debe calcular por unidad de tiempo, por unidad de obra o de alguna otra manera y la forma, período y lugar de pago.

En los casos en que se estipule que el salario se ha de pagar por unidad de obra, se debe hacer constar la cantidad y calidad de material, las herramientas y útiles que el patrono convenga en proporcionar y el estado de conservación de los mismos, así como el tiempo que el trabajador pueda tenerlos a su disposición. El patrono no puede exigir del trabajador cantidad alguna por concepto de desgaste normal o destrucción accidental de las herramientas, como consecuencia de su uso en el trabajo;

- Las demás estipulaciones legales en que convengan las partes;
- El lugar y la fecha de celebración del contrato; y
- Las firmas de los contratantes o la impresión digital de los que no sepan o no puedan firmar, y el número de sus cédulas de vecindad.

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social debe imprimir modelos de contratos para cada una de las categorías de trabajo a fin de facilitar el cumplimiento de esta disposición.

La prueba plena del contrato escrito, según Artículo 30 del Código de Trabajo, sólo puede hacerse con el documento respectivo. La falta de éste o la omisión de alguno de sus requisitos se debe imputar siempre al patrono y si a requerimiento de las autoridades de trabajo no lo exhibe, deben presumirse, salvo prueba en contrario, ciertas las estipulaciones de trabajo afirmadas por el trabajador.

El contrato verbal se puede probar por los medios generales de prueba y, al efecto, pueden ser testigos los trabajadores al servicio de un mismo patrono.

Posiblemente podría establecerse como requisito para gozar de la protección, de una prestación personal, continuada, y coordinada y económicamente dependiente, poniendo de lado el tema de la dependencia jurídica.

Entretanto, debemos buscar la eficacia tanto de la legislación protectora como de los mecanismos de fiscalización, ya que existe una situación de hecho que pasa por encima de las normas y que se constituye en una práctica común, que cuando quiere ser encausada por la autoridad laboral, termina siendo cuestionada por los propios abanderados de dicha práctica.

Una anécdota ilustrativa de esta situación es el caso en el Perú, de la omisión de muchos empleadores de llevar las respectivas planillas de sueldos y salarios, obligación que proviene de normas que han regido por más de medio siglo. Al expedir el Ministerio de Trabajo recientemente una disposición recordando tal obligación, algunos gremios empresariales sostuvieron que no había inconveniente en obedecer la norma si se permitía un reordenamiento salarial *in peius* por omisión de costos laborales no asumidos en virtud de la irregular práctica. Puede apreciarse en este hecho, el verdadero desenfoque existente entre realidad y derecho y la necesidad de reafirmar prácticas protectoras que impidan la situación descrita.

Uno de los aspectos importantes de las prácticas deslaborizadoras se encuentra en la intermediación de servicios a través de contratistas y sub-contratistas.

En el Perú, existían disposiciones legales que protegían a los trabajadores de construcción civil por las que se establecía la solidaridad entre el contratista o sub-contratista y el beneficiario o dueño de la obra. Esta norma, propia de un sector específico, fue sin embargo recogida por la jurisprudencia para la generalidad de los casos en que se daban las relaciones laborales a través de la intermediación. Esta solución, que se aplica en algunos países de la región, podría extenderse con el fin de evitar la desprotección de los trabajadores de las empresas intermediarias.

Siguiendo a Supiot, el derecho del trabajo debe amoldarse a la evolución de los modos de organización del trabajo en la sociedad actual, y como ahora el modelo fordista ya no se encuentra vigente y las empresas no garantizan una relación estable y segura a lo largo del tiempo, ha quedado trastocada la relación subordinación a cambio de seguridad, faltando por definirse las bases de la nueva relación.

Además, la movilidad profesional trae como consecuencia definir un estado profesional de la persona que contemple la diversidad y continuidad de la vida laboral protegiendo al trabajador cuando pasa de un empleo a otro o cuando cambia de asalariado a independiente, incluyendo la formación en el trabajo y la seguridad en el desempleo. Es necesario trascender del concepto del empleo al concepto del trabajo. Señala Supiot que:

“El trabajo se diferencia de la actividad en el sentido de que corresponde a una obligación voluntariamente contraída o legalmente impuesta, de carácter oneroso o gratuito y adscrita a una normativa, estatuto o contrato. El trabajo entraña siempre una vinculación jurídica. Los derechos propios del trabajador asalariado (del empleo), los derechos comunes de toda ocupación (seguridad e higiene, etcétera) y los derechos derivados de una actividad no laboral (cuidado de otras personas, trabajo voluntario, formación personal, etcétera) constituyen tres círculos de derechos inherentes al estado profesional de la persona. Un cuarto círculo es el de los derechos sociales universales, garantizados independientemente de todo trabajo (sanidad, protección social mínima, etcétera, y que no dependen específicamente del derecho del trabajo”³³.

Estos conceptos se complementan con los de flexibilización de horarios, formación del trabajador, trabajo a domicilio, disponibilidad laboral, obligaciones familiares y duración del tiempo de trabajo. Todo ello implica también replantear la necesidad de una adecuada deliberación y negociación en la sociedad sobre estas materias.

³³ **Ibid.**

Sería conveniente y necesario, dentro de este esquema, privilegiar la negociación colectiva no sólo hacia el interior de las empresas sino en nuevas unidades de negociación a niveles más altos, nacionales o internacionales, sobre todo si pensamos en las redes o grupos de empresas transnacionales que globalizan su acción. Puede ser también que estos cambios modifiquen el criterio de la representación laboral, fortaleciendo las relaciones al interior de las empresas o redes de empresas y de grupos profesionales en amplios territorios. Para esto, los sindicatos y los movimientos gremiales en general tendrán que adaptarse a las nuevas formas de trabajo. En caso contrario continuarán su debilitamiento, profundizándose así la tendencia a la individualización de las relaciones.

Vale la pena hacer una reflexión sobre este último aspecto. Parte importante de la situación que se está viviendo y de la deslaborización de las relaciones del trabajo se ha debido y se debe al debilitamiento de los sindicatos y de la negociación colectiva, y a una tendencia muy marcada a la individualización de la relación laboral, situación que otorga más poder aún al empleador frente al trabajador. Por lo anterior, vemos cómo se ha deteriorado la calidad del salario, la efectividad de los beneficios, así como ha aumentado la temporalidad de los empleos.

Por otro lado, el Estado mismo se enfrenta a una afirmación de la individualidad creciente de los ciudadanos que rechazan el paternalismo y prefieren los estados democráticos y participativos, es decir, Estados que garanticen derechos y no que los dispensen o manejen. No sirve para ello ni un Estado excesivamente liberal que resulte mínimo, ni un Estado social benefactor e intervencionista que limite las expectativas de los ciudadanos. Estos Estados modernos deben garantizar a través de sus órganos representativos, unos derechos preestablecidos y garantizados en cuya fijación debe participar la sociedad civil. En este sentido, el convenio colectivo debe pasar de ser un mero repertorio de beneficios temporales a ser un contrato de asociación de los intereses de las partes para alcanzar determinados objetivos colectivos y empresariales.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, parecería ser que es conveniente superar conceptualmente la diferencia entre trabajo subordinado e independiente y buscar un derecho del trabajo que regule y proteja ambos tipos de trabajo.

Habría que regular la protección e incluir en ella categorías de trabajos y actividades sin limitarlos al concepto de subordinación jurídica, bastando la dependencia económica. En otras palabras, bastaría que el trabajo fuese personal, continuado, coordinado y económicamente dependiente, para que estuviese protegido.

Se trataría, en lo posible, de dar una protección uniforme e indiscriminada para que se cumpla el objetivo del derecho del trabajo de proteger por igual a todos los trabajadores, ya que propugnar franjas de protección laboral, llevaría nuevamente a precarizar a muchos trabajadores que terminarían en las franjas de menos protección por razones de costos.

El derecho del trabajo debe expandirse para atraer a todas las categorías de trabajadores de una u otra manera dependientes, tanto los de la tradicional subordinación jurídica, técnica y económica como aquéllos que realizan un trabajo individual, jurídicamente independiente, pero económicamente dependiente. Se trata pues de borrar la línea gris que divide a ambos tipos de trabajo.

Al final, lo que se pretende es asegurar la efectividad de la protección a las personas que dependen económicamente de quienes se benefician con sus servicios.

Deben crecer pues, las fronteras territoriales del derecho del trabajo para abarcar, como se ha dicho, al trabajo dependiente y al autónomo y a todas sus variantes, en todos aquellos casos en que exista dependencia económica.

Hay que llegar al concepto de "estado profesional del trabajador" que sugiere Supiot, garantizando su recorrido laboral, y no su estabilidad en tal o cual empleo. No se trata de empleo tradicional, sino de trabajo personal con proyección en la vida del

trabajador, y sujeto a un repertorio de derechos vinculados a la ocupación y a la actividad en relación con el beneficiario de los servicios.

"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" ³⁴.

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.

"Consiste en la voluntaria sujeción de una persona a seguir las instrucciones de otra persona dentro del contexto de los servicios pactados. 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"³⁵

El Código de Trabajo, 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"³⁶.

"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 de contrato de trabajo"³⁷.

La doctrina moderna, reconoce y acepta tres clases de subordinación:

³⁴Ver Artículo 19 del Código de Trabajo.

³⁵Fernández Molina, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. Pág 94.

³⁶Ver Artículo 18 del Código de Trabajo.

³⁷Ver Artículo 19 del Código de Trabajo.

La 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.

La subordinación legal conlleva intrínsecamente el compromiso del trabajador de dar sus servicios en beneficios del empleador.

La subordinación económica hace referencia a un aspecto de contenido sociológico, concepto que obra en relación con la medida que la mayor parte de la población depende de un salario para subsistir.

4.3. Casos concretos en los que debe privar la hipótesis del *tertium genus* como base de análisis

Es común hoy día que el Estado contrate su recurso humano por medio del llamado contrato, que en forma concreta trata acerca de la contratación de servidores públicos por el sistema sin oposición en asesorías de carácter técnico o jurídico. Sin embargo, este rubro, catalogado dentro del presupuesto estatal como reglón 029, o el reglón 022, permite al empleador (en este caso el Estado de Guatemala), ahorrarse el pago de prestaciones laborales, consecuentes de una relación laboral, considerando entonces a la relación surgida de las llamadas asesorías, como una relación de carácter civil o funcional, por tratarse de un contrato de servicios profesionales. Esto podría tomarse como válido, sino fuera porque se da exactamente la misma burla al derecho laboral, que se da en el interior de la república cuando el dueño de una empresa agrícola contrata a los mismos sujetos cada temporada para efectos de la cosecha o cualquier actividad periódica que se registre en su granja, despidiéndolos al término de dicha temporada. Este trabajo aún siendo temporal, se encuentra protegido por el derecho de trabajo; no obstante, es tomada tal actividad como de tipo civil, lo que exenta al patrono de la responsabilidad de cancelar prestaciones laborales.

Es el caso precisamente de los trabajadores del Estado contratados en el sistema sin oposición para puestos de asesoría técnica o asesoría jurídica los que permiten al empleador el no pagar prestaciones laborales; ahora bien, por qué se dice que es una burla al derecho del trabajo; o ¿por qué se considera una forma de simular una relación civil cuando en realidad se trata una relación laboral? precisamente por la razón de que es una relación laboral disfrazada de relación civil, lo cual es comprobable en la mayoría de casos, por medio de la hipótesis del *tertium genus*, misma con la cual no cuanta la legislación laboral tanto el Código de Trabajo como la Ley del Servicio Civil, para efectos de demostrar que si existe tal relación y que el Estado de Guatemala si está obligado a cumplir con sus obligaciones económicas con tales trabajadores.

Se trata entonces de que, el Estado de Guatemala debe sopesar, si el trabajador contratado en el rubro en cuestión, cumple con la prestación del servicio de forma continuada, y aunque esta se vea concluida en determinado período, su renovación permita concebirla como una relación de trabajo y no una diversa.

Los derechos de las personas reconocidos por la Constitución Política de la República y demás leyes, deben tener asegurada su vigencia; funcionando como una garantía constitucional contra las violaciones, amenazas o restricciones a dichos derechos. Es por ello que, una de las formas de resolver la falta de vigencia o imperio de la relación laboral, en cualquier nexo de trabajo surgido entre profesionales y el Estado de Guatemala sería, el planteamiento de un amparo como medida para restituir el derecho constitucional violentada o vulnerado, como consecuencia de que la relación de trabajo es una garantía constitucional estatuida y protegida por el Artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala, misma norma que establece la tutelaridad de los derechos de todo trabajador como una obligación del Estado guatemalteco. Indudablemente habrá relaciones que si cumplen con ser de naturaleza funcional o en todo caso distintas de la de trabajo. Tal el caso de aquellas en las que el profesional contratado únicamente labora durante contadas horas a la semana, sin horario restringido y con la mayor cantidad de elementos de todo contrato concebido y

ejecutado como del reglón 029, no obstante no se puede considerar dentro de este aquellas relaciones que por su naturaleza, su prestación y su ejecución sean más bien, relación de trabajo, puesto que cuando esto acontece, debe cumplirse con todos efectos económicos y sociales de la misma.

Si bien es cierto existe para su uso, el contrato de servicios profesionales, y el mismo es de naturaleza civil, por lo cual no produce prestaciones laborales, es decir, obligaciones económicas para el patrono, distintas a las de un pago mensual previa presentación de factura por el profesional, si existe una gran cantidad de casos en los cuales a pesar de ser pagados por el Estado de Guatemala, en el reglón presupuestario 029, propio de los contratos de servicios profesionales, no deben ser considerados menos que una relación laboral, puesto que el sujeto tiene un jefe inmediato superior, lo cual supone el elemento de subordinación de dicha relación, y por otro lado, el elemento de imponérsele un horario fijo de trabajo en determinados días de las semana cuando no durante toda esta, cumpliendo con el elemento de prestación continua del servicio, u obra continuativa como le llama la doctrina italiana, al punto de que algunos trabajadores en estos casos incluso deben marcar tarjeta al ingresar al lugar de trabajo y al salir de este. Por ello es evidente, que se trata de una relación de trabajo y no de ninguna otra.

La idea del trabajo como un derecho y un deber social, recogida por la Constitución Política de la República de Guatemala, equivale a la falta de individualismo, para lo cual, el hombre no tiene derechos para la sociedad, ni esta contra aquella, pues dado su enunciado, la formula conduce al derecho de los hombres, y que la sociedad y concretamente su economía, crearán las condiciones que garantizarán a la persona humana la posibilidad de cumplir su deber de realizar un trabajo útil para bien de ella de su familia y de la sociedad a la que pertenece.

La norma laboral posee una significación fundamental, porque la relación de trabajo no es, ni puede ser, una enajenación de la persona, y porque no podrá tener por efecto el menoscabo, la perdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre,

sino por lo contrario, en toda relación de trabajo, la libertad debe continuar siendo el atributo esencial de la persona del trabajador.

Las ideas de libertad e igualdad van de la mano pues la igualdad sin la libertad no puede existir y esta no florece donde falta aquella. La idea de igualdad posee significaciones particularmente fuertes en el derecho del trabajo, al grado de que hay momentos en los que imaginamos que al lado de los anhelos de los trabajadores hacia una existencia decorosa es la idea- fuerza que impulso a los hombres a la batalla por nuestro estatuto y que continua siendo uno de los factores más poderosos para su integración. Por lo tanto, no podrán establecerse distinciones entre los trabajadores por motivo de raza, sexo, edad, credo religioso, doctrina política o condición social.

El trabajo exige respeto para la dignidad de quien lo presta. La dignidad humana consiste en los atributos que corresponden al hombre por el solo hecho de ser hombre, el primero de todos es que es un ser idéntico a los demás, de tal suerte que el trabajador tiene el indiscutible derecho de que se le trate con la misma consideración que pretende el empresario se le guarde, pues no obstante que las dos personas (patrón y trabajador) guardan posiciones distintas en el proceso de la producción pero su naturaleza como seres humanos es idéntica y sus atributos también son los mismos.

Una existencia decorosa solo puede darse si el hombre esta en condiciones de satisfacer todas las necesidades materiales de él y su familia, de proveer a la educación, a la enseñanza general y a la preparación técnica y universitaria de sus hijos y de asomarse a los planos de la cultura, en forma que tanto el como su familia puedan desarrollar sus facultades físicas y espirituales.

De lo anterior se deduce que los riesgos de la economía no pueden recaer sobre el trabajador, porque la reducción de su salario o la prolongación de la jornada abaten su existencia decorosa.

La prohibición de hacer distingos del derecho del trabajo, consiste en el principio de la igualdad de tratamiento para los trabajadores en lo que concierne al trabajo.

La libre elección del trabajo consiste en que cada hombre es libre para escoger el trabajo que le acomode, esto es, puede seleccionar la profesión, industria, comercio o trabajo que le plazca por así corresponder a sus actitudes, gustos o aspiraciones, siempre y cuando sean lícitos.

Las normas de trabajo tienden a conseguir el equilibrio y la justicia social en las relaciones entre trabajadores y patronos. El trabajo es un derecho y deber sociales.

El licenciado Santiago López Aguilar, al referirse al Derecho del Trabajo, nos dice que: "Podemos afirmar que, el Derecho del trabajo, es el que junto al Derecho agrario, ha surgido por la lucha de los trabajadores y no como iniciativa de la clase dominante. Ello no implica que la clase dominante, ante la presión de las masas, a estas alturas no haya tomado la iniciativa en algunas sociedades capitalistas, con el objetivo de mediatizar la lucha de los trabajadores".³⁸

De lo cual podemos decir que el trabajo es un derecho individual de todas las personas y el que deben de respetar todos los patronos y autoridades, observando irrestrictamente las disposiciones contenidas en las normas de trabajo que tienen como finalidad la Justicia Social.

Ahora bien, para entender el concepto de Justicia Social, partiremos de la definición del concepto de justicia, entendiéndose ésta como "la actitud en virtud de la cual uno da con perpetua y constante voluntad a cada uno lo suyo"; siendo necesario que para que la justicia pueda lograr su fin se logre a través de las tres clasificaciones generales que se hacen de la justicia: justicia conmutativa, justicia distributiva y justicia legal o social.

De obligar a los patronos y trabajadores, también impone obligaciones al estado, de tal manera que no se podrán impedir el trabajo a ninguna persona ni que se

³⁸López Aguilar, Santiago. *Introducción al estudio del derecho I*. Pág. 169.

dedique a la profesión, industria o comercio que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de estos derechos sólo podrá vedarse por resolución de la autoridad competente cuando se ataquen los derechos de tercero o se ofendan los de la sociedad.

Por otra parte se producen en el derecho del trabajo, disposiciones limitativas que no producirán efecto legal alguno aun cuando estén estipuladas por escrito, como son: trabajo para los niños menores de catorce años, jornada de trabajo mayor que la permitida por la ley, salario inferior al mínimo, renuncia del trabajador a sus derechos laborales, etc.

El trabajo efectivamente es toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio.

En el orden interno la doctrina y el derecho positivo reconocen a la ley, a la costumbre, a la jurisprudencia y a la doctrina, como fuentes principales y comunes a la mayoría de las ramas comprensivas de la ciencia jurídica. La índole propia de cada una de las ramas obliga a otorgar preferencias o exclusividad a una sola de ellas, como en el derecho penal, estrictamente legalista por su carácter restrictivo de la libertad; y permite a otras formarse con todas ellas, como la mayoría de los derechos privados, en que se envuelve a observar el auge de la costumbre, que la concepción racionalista del siglo XIX había relegado a un modesto segundo termino.

Es la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona (física o moral), mediante el pago de un salario.

La relación de trabajo es el acto material o intelectual por virtud del cual una persona se subordina a otra persona física o moral, entendiéndose por subordinación el poder de mando que tiene el patrón y el deber de obediencia del trabajador, para conseguir los fines de la empresa o del patrón.

Sin embargo la subordinación no debe mal entenderse, como un acto de sumisión incondicional; necesariamente implica del trabajador la voluntad de obediencia en la realización de su trabajo para contribuir al logro de los objetivos de la empresa y del patrón el respeto a la dignidad del trabajador, sin distinción de su credo religioso, raza, sexo o ideología política; pues el desarrollo y éxito de la empresa se encuentra ligado al trabajo productivo, innovador y crítico que realizan los trabajadores.

La relación de trabajo nace desde el momento de que el trabajador se subordina al patrón, sin necesidad de existir formalismo o solemnidad, es decir sin necesidad de la existencia de un contrato de trabajo, ya que en el caso del trabajador para que se entienda que inicia la relación de trabajo debe haber subordinación al patrón y esto implica un acto de voluntad del trabajador, a diferencia del patrón que para que de inicio una relación laboral con un trabajador pueda expresar su voluntad expresa o tácitamente, o bien dejar de expresar su voluntad pero resultar beneficiado del trabajo ejecutado.

La relación de trabajo y el contrato de trabajo formalmente celebrado producen los mismos efectos, es decir, a través de éstos el trabajador se vuelve sujeto del derecho laboral y por lo tanto susceptible de disfrutar los derechos, prerrogativas y prestaciones que la ley laboral establece en su favor.

Definida la relación de trabajo, es importante considerar el caso en que no parece muy clara la subordinación o el salario, pero sin embargo, si existe relación de trabajo:

Existe relación de trabajo y no contrato de prestación de servicios profesionales, cuando un profesionista presta sus servicios a un patrón y se encuentra bajo su subordinación, es decir que el patrón puede disponer del trabajo del profesionista en la forma y tiempo que el patrón decida, sin importar la forma en que se le pague al profesionista, pudiéndosele pagar inclusive por honorarios, independientemente de que

un profesionalista trabaje la mayor parte del tiempo ni dependa exclusivamente del patrón.

CONCLUSIONES

1. La relación de trabajo permite distinguir a los distintos sujetos que intervienen en la misma, asignándoles responsabilidades y obligaciones, así como derechos y ventajas, lo que adicionalmente garantiza el derecho de uno a demandar del otro su cumplimiento en reciprocidad y lógica normal del vínculo jurídico que prevalece entre ambos.
2. Si una relación es tomada como una de naturaleza diversa a la de trabajo, es decir, civil o administrativa, funcional o de servicios profesionales; entonces quien contrata en la relación, no está obligado a pagar prestaciones laborales; puesto que los lineamientos legales que regulan tal vinculación entre los sujetos no implica tales obligaciones económicas como indemnización por tiempo de servicio, vacaciones, aguinaldo, bono catorce etc.
3. Cuando una relación laboral, es simulada para figure como de otra naturaleza diversa, tal el caso de los contratos por servicios profesionales; lo que existe es una conculcación del principio de relación laboral, que presupone como único fin, el ahorrarle a quien contrata los servicios, el pago de prestaciones laborales, por no exigirlo así la legislación correspondiente.
4. Los servidores públicos, contratados por el sistema sin oposición, regulados en la Ley del Servicio Civil, tales como las asesorías técnicas o las asesorías jurídicas, en muchos casos, en realidad desarrolla una relación de trabajo con su empleador, quien es el Estado de Guatemala, aunque la misma sea tomada como relación civil.

RECOMENDACIONES

1. Es necesario que el Estado de Guatemala, especialmente la Oficina del Servicio Civil, quien es la responsable de la contratación de los servidores públicos sin oposición tales como asesores técnicos o asesores jurídicos, verifique que no se esté simulando en realidad una relación civil por una trabajo; en cuyo caso se está conculcando los derechos laborales de tales sujetos.
2. Es necesario que el Estado de Guatemala, por medio del Congreso de la República, regule tanto en el Código de Trabajo, Decreto 1441, como la Ley del Servicio Civil, Decreto 1748, ambos del Congreso de la República de Guatemala, las medidas correspondientes a fin de que pueda ser identificada de forma práctica una relación laboral, sin peligro de ser simulada en otra de diversa naturaleza como la civil o la funcional.
3. Es recomendable que el Estado de Guatemala, considere la regulación legal dentro de los cuerpo legales de el Código de Trabajo, Decreto 1441, como la Ley del Servicio Civil, Decreto 1748, ambos del Congreso de la República de Guatemala, la hipótesis del *tertium genus*, misma que consiste en la apreciación de la obra continuada como base de análisis de una relación para determinar si se trata de una relación laboral y no de otra índole.
4. La hipótesis de la obra continuada, o *tertium genus*, debe ser dada conocer entre los funcionarios del Ministerio de Trabajo; a fin de que estos puedan identificar de forma concreta la existencia de una relación de trabajo, en aquellos casos sometidos a su conocimiento, y en donde se ha pretendido simular una relación de distinta naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- BRIGNONI, Alberto. **El trabajo subordinado**, Barcelona, España: Ed. Ariel, 1999.
- CALDERÓN, Hugo. **Derecho administrativo I**. Guatemala: Ed. Universitaria, 2004.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Tomo del I al IV. Catorceava edición. Ed. Eliasta. Buenos Aires, Argentina 1979.
- DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México DF: Ed. Porrúa, 1992.
- DE BUEN, Nestor, **Derecho procesal del trabajo**, Buenos Aries, Argentina: Ed. Heliasta SRL, 1991.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**, Guatemala: Ed. Inversiones Educativas, 2004.
- LÓPEZ LARRAVE, Mario. **Contrato de trabajo por tiempo indefinido, a plazo fijo y para obra determinada**. Guatemala: Ed. Universitaria. 1978.
- MICROSOFT. Biblioteca Encarta. www.encyclopediaencarta.microsoft.com
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias sociales, jurídicas y políticas**. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1993.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Impacto de las políticas de ajuste en el derecho laboral**. Ajuste económico y política laboral, Cuzco, Centro Bartolomé de las Casas, 1993.
- RASO DELGUE, Juan. **Problemática actual del contrato individual del trabajo. La frontera entre el trabajo subordinado y el trabajo independiente**. V Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

RAY, Jean Emmanuel. **Formas de subordinación.** (s.e.) Francia, 1992.

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. **Contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo.** Cultural Cuzco Editores, Lima, Perú, 1988.

SUPIOT, Alain. **Transformaciones del trabajo y porvenir del derecho laboral en Europa.** V Congreso Regional Americano de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Lima, Perú, septiembre de 2001.

VARIOS AUTORES. **Diccionario de la Lengua Española.** Ed. Harla, Madrid, España, 2004.

Legislación:

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

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