

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

**LA TRANSGRESIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD DEL RENGLON 022 EN
RELACIÓN A LOS DEMÁS RENGLONES PRESUPUESTARIOS
CONTEMPLADOS EN LA CLASIFICACIÓN PRESUPUESTARIA DEL SECTOR
PÚBLICO**

IRMA JUDITH LEAL SAZO DE TANCHEZ

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**LA TRANSGRESIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD DEL RENGLON 022 EN
RELACIÓN A LOS DEMÁS RENGLONES PRESUPUESTARIOS
CONTEMPLADOS EN LA CLASIFICACIÓN PRESUPUESTARIA DEL SECTOR
PÚBLICO**

TESIS

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

Por

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

IRMA JUDITH LEAL SAZO DE TANCHEZ

Guatemala, noviembre de 2009

**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 Huítz Enríquez
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICO EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera fase:

Presidente: Lic. Manfredo Maldonado
Vocal: Lic. Roberto Echeverria
Secretario: Lic. Rafael Morales

Segunda fase:

Presidente: Lic. Rafael Morales Solares
Vocal: Lic. Manfredo Maldonado.
Secretario: Lic. Carlos Godoy

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



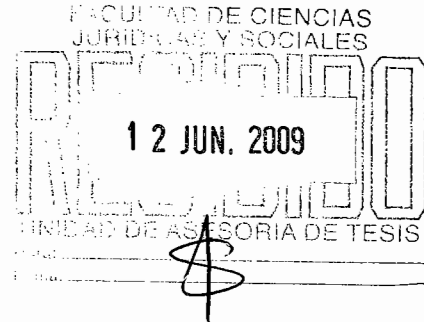
Lic. Leonel Estuardo Andrade Pereira
Abogado y Notario



Guatemala, 12 de febrero de 2009.

Señor:

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Presente.



Distinguido Licenciado:

Respetuosamente me dirijo a Usted, con el objeto de manifestarle que, en cumplimiento de la resolución emitida por esa unidad de tesis, en donde se me nombra como Asesor de tesis de la Bachiller **IRMA JUDITH LEAL SAZO DE TANCHEZ**, intitulada "**LA TRANSGRECIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD DEL RENGLON 022 EN RELACIÓN A LOS DEMAS RENGLONES PRESUPUESTARIOS CONTEMPLADOS EN LA CLASIFICACIÓN PRESUPUESTARIA DEL SECTOR PÚBLICO**". Para el efecto hago constar, que la sustentante tomó en cuenta las sugerencias realizadas a su trabajo de investigación, además, realizó las investigaciones y correcciones que en el desarrollo del asesoramiento se formularon, obteniendo con ello, una investigación de suma importancia para la sociedad guatemalteca.

El contenido científico del trabajo que investiga es de carácter jurídico, en el cual se desarrolla lo concerniente al estudio del Derecho Administrativo.

El trabajo desarrollado llena los requisitos técnicos que requiere una investigación de tal magnitud; se realizó con los métodos inductivo y deductivo, y la técnica de investigación documental está acorde al mismo, se revisó la redacción del trabajo, que las conclusiones y recomendaciones llenan su cometido, así como la bibliografía utilizada. Por la importancia del trabajo y su contribución al estudio del derecho tributario y un análisis jurídico doctrinario concerniente a la ley del Impuesto sobre la Renta.

Así mismo, procedí a hacerle algunas modificaciones de forma y de fondo con el único objeto de mejorar el contenido de la investigación, por tal motivo considero que el trabajo correspondiente llena los requisitos del artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, estimando que el mismo puede ser aprobado, para los efectos consiguientes, emitiendo el presente **DICTAMEN FAVORABLE**.

Con las muestras de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

Atentamente:

Lic. LEONEL ESTUARDO ANDRADE PEREIRA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 4573.

Leonel Estuardo Andrade Pereira
Abogado y Notario
Col. No. 4573

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, doce de junio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) JOSÉ ALEJANDRO CÓRDOVA HERRERA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante IRMA JUDITH LEAL SAZO DE TANCHEZ. Intitulado: "LA TRANSGRESIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD DEL RENGLÓN 022 EN RELACIÓN A LOS DEMÁS RENGLONES PRESUPUESTARIOS CONTEMPLADOS EN LA CLASIFICACIÓN PRESUPUESTARIA DEL SECTOR PÚBLICO".

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 la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del 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. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/sllh



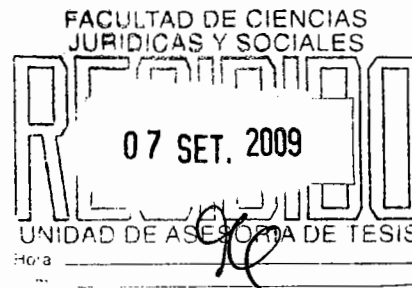
Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario



Guatemala, 7 de agosto de 2009.

Señor:

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.



Estimado Licenciado:

En atención a providencia de esa jefatura, en la que se me notifica nombramiento como Revisor de Tesis de la Bachiller IRMA JUDITH LEAL SAZO DE TANCHEZ, y oportunamente proceder a emitir el Dictamen correspondiente; habiendo revisado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente:

DICTAMEN:

- a) El trabajo de tesis se intitula "LA TRANSGRESIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD DEL RENGLÓN 022 EN RELACIÓN A LOS DEMÁS RENGLONES PRESUPUESTARIOS CONTEMPLADOS EN LA CLASIFICACIÓN PRESUPUESTARIA DEL SECTOR PÚBLICO".
- b) El tema que investiga la Bachiller IRMA JUDITH LEAL SAZO DE TANCHEZ, es un tema actual para quien gusta conocer del derecho, en especial sobre el Derecho Laboral. Para la realización del tema se ha utilizado bibliografía y leyes existentes en el medio, que sirvieron de base para analizar jurídico-doctrinario de dicho estudio.
- c) Durante el tiempo en que duro la revisión de la presente investigación, discutimos algunos puntos del trabajo, los cuales razonamos, así también, el contenido de la investigación es un gran aporte al estudio del Derecho Laboral, sobre el análisis sobre la transgresión del derecho de igualdad en los contratos contenidos en el Renglón 022 y los demás renglones presupuestarios conforme a la clasificación presupuestaria del sector público.
- d) También comprobé que se hizo acopio de una Bibliografía bastante actualizada, se realizó con los métodos inductivo y deductivo y la técnica de investigación documental y de encuesta se encuentra acorde al mismo.
- e) Las conclusiones y recomendaciones están acordes y llenan su cometido.
- f) En virtud de lo anterior concluyo informando a Usted, que procedí a asesorar el trabajo encomendado y me es grato:

OPINAR:

- I) Que en el trabajo asesorado cumple con los requisitos legales exigidos, en especial el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.
- II) Que es procedente señalar día y hora para el examen público de tesis y ser discutido el presente trabajo.

Con las muestras de mi respeto, soy de Usted su deferente servidor.

Atentamente,

Lic. JOSÉ ALEJANDRO CORDOVA HERRERA
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 6034.

Lic. José Alejandro Córdova Herrera
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, diecisiete de septiembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante IRMA JUDITH LEAL SAZO DE TANCHEZ, Titulado LA TRANSGRESIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD DEL RENGLÓN 022 EN RELACIÓN A LOS DEMÁS RENGLONES PRESUPUESTARIOS CONTEMPLADOS EN LA CLASIFICACIÓN PRESUPUESTARIA DEL SECTOR PÚBLICO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh





DEDICATORIA

A DIOS:

Ser supremo que guía mi camino y que nunca me abandona en la adversidad. Merecedor de toda honra, porque de Él, para Él, y por Él son todas las cosas, a Él sea la gloria, fuente inagotable de conocimiento y sabiduría.

A MIS PADRES:

Jorge Eddin Leal de la Cruz, que Dios lo tenga en su Gloria, y Marina Sazo Estrada, por su amor, su apoyo incondicional, su trabajo, esfuerzo que hace para lograr su propósito a lo largo de mi vida en la realización de mis metas.

A MI ESPOSO:

Artemio R. Tànchez Mèrida.

Respeto y Cariño.

A MIS HERMANOS:

Aracely, Lubia, Anavella, Angélica, Víctor, Jorgito por su cariño.

A MIS HIJOS:

Eddin, Madeline y Andrés, como ejemplo de mi esfuerzo para seguir adelante, en las metas propuestas.

A MIS AMIGOS:

Rossana Cáceres, Rossana Chávez, Mario Paz, Byron Juárez, Leonel Esquivel, Patricia López, Fernando González, Orellana, Estuardo Aguilar, Claudia Pineda de la Cruz, Judith Méndez, Juanita López, Verónica Corzantes, Evely Velásquez, Byron Juárez, Napoleón Gómez, y



Seomara, Cesar González y Lidia Valladares, gracias por su cariño, apoyo y ser un ejemplo a seguir.

A LOS LICENCIADOS:

Que me acompañaron en las largas horas de preparación académica y que hicieron grato el camino de aprendizaje gracias por compartir sus conocimientos, especialmente a los Abogados y Notarios: Licda. Rosario Gil, Lic. Bonerges Mejía, Lic. Avidán Ortiz, Leonel Andrade, Belter Mansilla. Rodolfo Celis, Juan Francisco Sandoval, Un agradecimiento muy especial por todo el apoyo recibido a lo largo de mi preparación académica, deseándoles que Dios Bendiga su vida y profesión. Por su noble gesto de apoyo intelectual en mi preparación y culminación de mi carrera.

A:

La Gloriosa Universidad de San Carlos de Guatemala centro de estudios donde realicé mis sueños y forjadora de mejores profesionales en el país y a la prestigiosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales que hoy me honra con tan preciado galardón a quien pondré muy en alto en el noble ejercicio de la profesión.



ÍNDICE

Introducción.	I
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. El salario.	01
1.1. Etimología y nomenclatura.	01
1.2. Antecedentes.	02
1.3. Naturaleza jurídica.	03
1.4. Definición.	03
1.5. Principios del salario.	04
1.6. Formas de pactar el salario.	09
1.7. Medidas de protección del salario.	11

CAPÍTULO II

2. Contratos de trabajo.	15
2.1. Naturaleza jurídica del contrato de trabajo.	15
2.2. Contrato individual del trabajo.	17
2.3. Clases de contrato de trabajo.	18
2.4. Otra clasificación.	20
2.5. Elementos del contrato de trabajo.	22
2.6. Salario.	28
2.7. La simulación de los contratos de trabajo.	31
2.7.1. Aspectos doctrinarios y legales de la simulación.	31
2.7.2. Bosquejo histórico de la teoría de la simulación.	32
2.7.3. Definición.	34
2.7.4. Características de la simulación.	34
2.7.5. Clasificación.	35
2.7.5.1. Simulación absoluta.	36
2.7.5.2. Simulación relativa.	36



CAPÍTULO III

3. El contrato de servicios profesionales constituye un medio del patrono para evadir pago de prestaciones laborales.	41
3.1. El contrato de servicios profesionales.	41
3.2. Definición.	42
3.3. Principios que rigen el contrato de servicios profesionales.	43
3.4. Elementos.	44
3.5. Forma.	48
3.6. Efectos.	48
3.7. Características del contrato de servicios profesionales.	50
3.8. Regulación legal.	50
3.9. Clasificación.	55
3.10. Principios del derecho del trabajo	56
3.11. Características del contrato de servicios profesionales.	59
3.12. Necesidad de legislar la modalidad del contrato de servicios profesionales dentro de la legislación laboral	59
3.13. Diferencia entre salario y honorario.	60
3.14. Diferencia entre contrato laboral y contrato civil.	62
3.15. Regulación legal del contrato civil de servicios profesionales.	62
3.16. El contrato de servicios técnicos o profesionales y su relación con las normas Tributarias.	64
3.17. Ventajas y desventajas para el patrono contratante, así como ventajas de desventajas para el trabajador común, celebrando un contrato de servicios técnicos o profesionales en una relación de trabajo.	66
3.18. Aspectos doctrinarios y legales de la simulación.	68
3.19. Medios legales para resolver los conflictos.	70

CAPÍTULO IV

4. Los contratos administrativos.	73
4.1. Antecedentes históricos de la contratación administrativa.	73
4.2. Concepto de contrato en Código Civil.	75



4.3. Modalidad de contratos.	77
4.4. Los Contratos administrativos.	79
4.5. Contratos administrativos nominativos.	81
4.6. Contratos administrativos especiales.	81
4.7. Contratos mixtos.	81
4.8. Contratos privados de la administración.	83
4.9. Requisitos de los contratos.	84
4.10. La competencia del órgano de contratación.	85
4.11. La capacidad del contratista adjudicatario.	88
4.12. La formalización del contrato.	

CAPÍTULO V

5. Perfección y formalización de los contratos.	89
5.1. Perfección de los contratos.	89
5.2. Formalización de los contratos.	90
5.3. Contratación verbal.	91
5.4. Contratos menores.	92
5.5. Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos.	92
5.6. Procedimientos de adjudicación.	93
5.7. Formas de adjudicación.	97
5.8. Ejecución, modificación y suspensión de los contratos.	97
5.9. Modificación de los contratos.	98
5.10. Suspensión de los contratos.	99
5.11. Revisión de precios en los contratos administrativos.	101
5.12. Extinción de los contratos.	
5.13. Cesión de los contratos y subcontratación.	

CAPÍTULO VI

6. La transgresión al derecho de igualdad del renglón 022 en relación a los demás renglones presupuestarios contemplados en la clasificación presupuestaria del sector público.	105
--	-----



6.1. La relación laboral.	106
6.2. La relación de trabajo como garantía constitucional.	106
6.3. Necesidad de establecer una nueva concepción en las contrataciones estatales.	108
6.4 Jurisprudencia asentada por la Honorable Corte de Constitucionalidad. ...	110
CONCLUSIONES.	113
RECOMENDACIONES.	115
BIBLIOGRAFÍA.	117

INTRODUCCIÓN



La condición de los empleados queda definida por la categoría presupuestaria a la que están asignados; en Guatemala, los empleados permanentes están asignados a la categoría presupuestaria 011; los empleados por contrato, estos son individuos que son contratados para proyectos con un plazo de existencia definido, están asignados en la categoría presupuestaria 022, la tercera categoría es la 029, la cual fue creada para permitir la contratación de personal calificado, profesional y técnico, para productos definidos y temporales sin las limitaciones impuestas por los reglamentos del Servicio Civil y sin tener categoría de empleados públicos, no tienen los mismos derechos a las prestaciones a que tienen derecho los empleados permanentes, recibiendo exclusivamente honorarios; de acuerdo a la Ley del Servicio Civil y la Ley de Salarios de la Administración Pública, las personas contratadas bajo este renglón no tienen calidad de funcionarios o servidores públicos.

La Ley del Servicio Civil, es la que rige las relaciones entre los servidores públicos y el Estado, excepto en los casos de aquellas instituciones que posean su propio régimen de personal. Las relaciones laborales están reglamentadas por el Código de Trabajo y los Tribunales de Trabajo; así también, las relaciones laborales de los sectores públicos y privados. En la Constitución Política de la República de Guatemala, en los Artículos 107 al 117 establece que los trabajadores del Estado están al servicio de la administración pública y nunca de partido político, grupo u organización establece que las entidades descentralizadas regirán sus relaciones de trabajo con el personal a su servicio por las leyes laborales comunes. Regula las cuestiones relacionadas con la jubilación, régimen de seguridad social e indemnización. Se reconoce el derecho a huelga de los trabajadores del estado y la opción al régimen de clases pasivas.

La Ley de Salarios de la Administración Pública, tiene por objetivo, establecer un sistema de remuneración justa y decorosa para los servidores públicos, sobre la base de un sistema de clasificación de puestos. No posee reglamento propio; el Código de Trabajo, regula los derechos de patronos y trabajadores; el Código Civil, establece que



hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación. Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez.

En la realización del trabajo de tesis se hizo acorde al abordaje del método positivo, siguiendo los lineamientos metodológicos del mismo, así también, se utilizaron los métodos deductivo e inductivo y analítico, utilizándose las técnicas de investigación bibliográfica y documental para la recolección de la información la cual se encuentra contenida en el trabajo realizado.

El trabajo de investigación, se encuentra contenido en cinco capítulos, el primero tiene como propósito el estudio del salario, sus principios, las formas de pactar el salario y las medidas de protección; el segundo capítulo tiene el propósito de estudiar los contratos de trabajo, clases de contrato de trabajo, sus principios, sus características y los elementos que la conforman; el tercer capítulo busca establecer si el contrato de servicios profesionales constituye un medio del patrono para evadir el pago de prestaciones laborales, características del contrato de servicios profesionales, diferencia entre un contrato laboral y un contrato civil.

En el presente trabajo de investigación, se aborda desde un punto de vista jurídico y económico en cuanto a la ilegalidad del contrato 022 en relación a los demás renglones presupuestarios, como tema central tendrá la ilegalidad del contrato 022, luego como sub temas pretendo desarrollar: el principio de igualdad, luego la administración pública y por último la oficina del servicio civil. Donde se podrá demostrar que se vulneran sus derechos laborales garantizados en nuestra Constitución Política de la República de Guatemala y en el Código de Trabajo Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, el fin de esta monografía es utilizar el resultado y estimando también que el mismo servirá para el enriquecimiento de nuestro acervo cultural y como ejemplo a seguir en otras instituciones del Estado en las cuales se refleja la misma situación.

CAPÍTULO I



1. El salario

1.1. Etimología y nomenclatura

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

No obstante mayor o menor sinonimia de los vocablos precedentes con el salario, coinciden más por el contenido estos otros: sueldo, soldada, estipendio, emolumentos, derechos, honorarios, jornal, remuneración, paga, haberes y gratificaciones.

La distinción de los principales la hace Ossorio, diciendo que sueldo es la cantidad que el Estado paga a sus empleados y viene del antiguo francés *soulde*, hoy sou, de donde se derivan la palabra soldado y soldada". Esta última voz parece tener su origen en "sueldo, antigua moneda, igual a la vigésima parte de una libra, y que solía pagarse a los "soldados", hombre de armas que integran la hueste medieval del rey o de un señor. Estipendio es la cantidad estipulada de antemano por un trabajo cualquiera; deriva de stare y de pondus, estar o atenerse al peso o a la cantidad convenida para el pago. Emolumento es lo que aumenta nuestro haber y lo que hace crecer nuestros bienes, y expresa la idea de sobresueldo o gaje, como término opuesto a menoscabo o detrimento. Derechos son pagas especiales determinadas por arancel, por disposiciones legales en vigencia. Honorarios es como el salario distinguido, honroso, que se da a los profesionales académicos por sus trabajos particulares.

Se ha intentado distinguir entre remuneración y salario. Con el primer vocablo se designa entonces todo cuanto el empleado percibe por el ejercicio de su trabajo, provenga del empresario o de otra persona; como ocurre, por ejemplo, con las propinas



recibidas de intercalero. El término salario se reserva, dentro de tal criterio, para la retribución que abona directamente el empresario. Tal oposición técnica no se encuentra realmente justificada; ya que la propina, según ha de verse, integra en ciertos casos el salario.

1.2. Antecedentes

Los primeros preceptos positivos que se citan sobre el salario se encuentran en el Código de Hammurabí, unos dos mil años anteriores a la era cristiana, en donde aparecen ya fijados salarios mínimos para jornaleros, tejedores, carpinteros, albañiles y otros oficios. Entregado de modo más o menos completo al albedrío de las partes, lo cual equivalía al predominio abrumador del patrono, el sistema del salario consta desde los más antiguos tiempos de Grecia y Roma.

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

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

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



leyes de indias incluían diversos preceptos para la regulación equitativa y pronto pago del salario de los indígenas.

1.3. Naturaleza jurídica

El salario se considera principalmente como el equivalente del trabajo para el trabajador; y compensador de la producción, del servicio recibido o actividad desarrollada en cuanto al patrono o empresario que lo abona. Ahora bien, no cabe decir que el salario es el precio del trabajo sin equiparar el contrato de trabajo con el de compraventa.

El empresario o patrono debe el salario pactado o establecido con el trabajador cuando este haya cumplido con la condición impuesta por el contrato, en el sentido de poner a disposición del empresario, aunque éste no utilice, su actividad laboral; no habiendo prestación de servicios, no poniéndose el trabajador a disposición del empresario para que éste se valga de su actividad laboral, no hay obligación de abonar salario; pues no hay actividad laboral, no hay obligación de abonar salario; pues no hay actividad que retribuir.

1.4. Definición

Es la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que puede conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa.¹

¹ De la Cueva, Mario. **Nuevo derecho del trabajo**. Pág. 228.



1.5. Principios del salario

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

Principio de igualdad: este principio tiene rango constitucional, de tal cuenta el Artículo 102 literal "C", de la Constitución Política de la República, en el segundo párrafo del Artículo 89 del Código de Trabajo, establece: "A trabajo igual. Desempeñado en puesto y condiciones de eficiencia y antigüedad dentro de la misma empresa, también iguales, corresponderá salario igual, el que debe comprender los pagos que se hagan al trabajador a cambio de su labor ordinaria.

Como bien señala el licenciado Najarro Ponce, "lo que se hizo en la Constitución fue generalizar el trato igual para el pago de cualquier salario, y no solo el devengado en jornada ordinaria, como estipula el Artículo del Código."² Es necesario hacer hincapié que este principio sobrepasa las legislaciones nacionales para tomar un ámbito de validez mundial, al estar calcado como uno de los derechos humanos contemplados en el inciso, 2, del Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que indica: toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna. A igual salario por trabajo igual.³

"La fundamentación jurídica de la obligación de igualdad de trato se encuentra en principios generales de igualdad. En el deber de previsión del empleador o en una cláusula tácita del contrato. Sosteniendo que el carácter comunitario y funcional del contrato de trabajo. Que hace a la vida de la empresa, impone y exige el trato igual."⁴

Principio de eficiencia: Este principio significa que el salario sea apto para llenar todas las necesidades del trabajador y de su familia. "El concepto tiene raigambre en la

² Najarro Ponce, Oscar. **Los principios del derecho del salario.** Pág. 72.

³ **Ibid.**

⁴ Krotoschin, Ernesto. **Tendencias actuales del derecho del trabajo.** Pág. 77.



doctrina del salario justo y por eso no es posible negarle calidad de jurídica a la idea. En efecto el autor sostiene que la idea de suficiencia es político social y no jurídica, no cabe invocar un derecho a un salario suficiente, si no a retribución que se corresponde con el servicio que se presta. Por otro lado el criterio de eficiencia es, igualmente un criterio económico-sociológico, cuya delimitación ha de hacerse teniendo en cuenta factores o elementos extraños a la relación de trabajo y a los vínculos que la determinan.”⁵

Cabanellas, Alude al conjunto de problemas que conllevan la determinación de la suficiencia del salario y se pregunta: “qué nivel de vida ha de permitir el salario para ser calificado de suficiente” y se responde: una suficiencia mínima nos llevaría casi a la ley del bronce: una consideración más espiritual ha exigido unos ciertos niveles superiores a la simple subsistencia y en tal consideración se ha evolucionado ampliamente, al menos en el terreno ideológico y en ciertas partes es el real.”⁶

Continúa manifestando el autor y señala que: “el salario suficiente busca su propia existencia y sus propias posibilidades de realización a través del concepto de salario mínimo o mejor del salario mínimo obligatorio, términos por los que entendemos que una voluntad independiente y superior impone. Hasta el punto de que las estipulaciones contrarias que fijarán un salario inferior se tendrán por no puestas y quedan sustituidas por las cifras salariales impuestas obligatoriamente como mínimas.”⁷

Cabanellas finaliza diciendo que “una de las causas de dicha intervención para la fijación de salarios mínimos, buscando su mayor poder de disolución de bienes y servicios para el laborante, ésta en que el salario es el medio fundamental de existencia de la mayoría de la población en casi todos los países. Por lo que el

⁵ **Ibid.**

⁶ Cabanellas, Guillermo. **Tratado de derecho del trabajo**. Pág.456.

⁷ **Ibid.**



problema de una breve insuficiencia es un problema nacional, básico para la normalidad económica, para la seguridad y para la paz de la sociedad.”⁸

Principio alimenticio: Con relación a este principio, se reconoce una raíz que se pierde en los tiempos, como lo hemos demostrado con las citas de las sagradas escrituras.⁹

Por eso considero que algunos tratadistas han señalado que el carácter alimenticio del salario, es tal vez su más incisivo brazo con base en las demás retribuciones propias de los denominados contratos de actividad. Con base a lo anterior el licenciado Najarro Ponce, señala que “fácilmente explicable por este motivo la protección que la ley le concede frente al patrono y frente a terceros, pues con el salario el dependiente adquiere su propio sustento y el de su familia que generalmente es el único medio para su subsistencia.”¹⁰

El carácter de obligación alimenticia que le reconoció el maestro Galin, lo indicó al señalar que el salario era “un sustento vital tutelado por el estado.”¹¹ Doctrina seguida por Cabanellas, quien afirma que “el salario es desde luego, una obligación que el contrato de trabajo pone a cargo del empleador, pero debe entenderse que es una obligación alimenticia por el destino del salario y por el régimen jurídico a que está sometido, semejante en general, al que están sujetas las pensiones alimenticias”.¹²

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

⁸ **Ibid.** Pág. 458.

⁹ Krotoschin, **Ob. Cit.** Pág. 81.

¹⁰ Najarro Ponce, **Ob. Cit.** Pág. 78

¹¹ Galin, Pedro. **El origen del salario.** Pág. 230.

¹² Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 768.



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

Principio de inmutabilidad: "este principio denota que el salario, como elemento esencial del contrato de trabajo, no debe cambiar, tanto en su forma nominal en su forma real."¹³ En relación con este principio "el enfoque jurídico legal de este problema ha llevado a idear mecanismos que permiten mantener inalterable, no solo el salario nominal, lo que resulta obvio por su referencia objetiva al contenido del contrato, sino para evitar que por razones provenientes del sistema económico por principios ajenos a la voluntad de las partes de la relación de trabajo, se produzca una modificación del salario real en perjuicio del trabajador."¹⁴

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

Para mantener la inmutabilidad del salario se han propuesto tres métodos principales:

- Automaticidad de la variación;

¹³ Najarro Ponce, **Ob. Cit.** Pág. 78.

¹⁴ **Ibid.**



- Aumentos periódicos obligatorios que busquen mantener al valor real del salario; y,
- Libertad a las partes para que lo ajusten.

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

Principio de intangibilidad: “es el principio que generaliza la calidad de intocable del salario, salvo expresas expresiones fijadas por la misma ley.”¹⁵ El patrono no puede hacer liquidaciones en la fecha de pago y entregarle al trabajador únicamente parte de lo devengado por la tarea o el periodo de labores realizado. Las legislaciones modernas, como la de argentina, mejicana y la española son cuidadosas en garantizar este principio en forma expresa; la nuestra solo en el Artículo 100 del Código de Trabajo, es clara al preceptuar que “los salarios que no excedan de cien quetzales al mes no pueden cederse, venderse, comprarse ni gravarse a favor de personas distintas de la esposa o concubina y familiares del trabajador que vivan y dependan económicamente de él, sino en la proporción en que sean embargables.

Principio de justicia: “el salario justo es perfectamente configurable como en derecho del hombre, e incluso en países carentes de un pacto constitución específico. Viene casi a tener el valor de un derecho constitucionalmente reconocido, en cierta medida se le configura un rango práctico considerable, tanto por los sindicatos como por los

¹⁵ **Ibid.** Pág. 89.



tribunales. En los Estados Unidos, llamados fair wages o reasonable wages, constituyen fiel trasunto de la doctrina que en otros países y desde luego en el derecho constitucional comparado. Implica la noción de salario justo.¹⁶

También en relación al principio de justicia de la Cueva, hace una síntesis señalando; sin embargo, que en la doctrina católica los pontífices han declarado que, “dos criterios deben ser claramente dejados de lado por ser insuficientes para asegurar la justicia del salario y son los que expresamente han sido mencionados por León XIII y Juan XXIII en sus respectivas encíclicas. Y esos criterios descalificados son el del libre consentimiento de trabajador y empleador, o el de la ley del mercado, y la arbitrariedad de los poderosos, sea el Estado, los empresarios, el sector financiero, etc.”¹⁷

1.6. Formas de pactar el salario

Pago del salario en moneda de curso legal. Esta forma de pago del salario es que obliga a empleador a tener que hacer efectivo el pago de la retribución exclusivamente en dinero, pues a eso se refiere el término “moneda de curso legal”, entendiéndose que el pago debe hacerse en la moneda cuya circulación sea legal de acuerdo a las leyes monetarias del país. Para el caso de Guatemala, la legislación actual establece que son monedas de curso legal, tanto el quetzal, como unidad monetaria nacional, como el dólar de los Estados Unidos de América, por lo tanto debe inferirse que los patronos están autorizados por la ley para hacer efectivo el pago del salario a sus trabajadores, ya sea en quetzales o en dólares. Adicionalmente, esta forma de pago del salario se constituye en la regla general y es aplicable en todas las actividades laborales de la ciudad y no agrícolas, en donde existe la prohibición de pagar el salario en mercancía, vales, cupones, fichas o cualquier otro signo representativo con el que se pretenda sustituir la moneda.

Pago del salario en especie. En esta forma de pago del salario, se permite la sustitución parcial y porcentual del pago en dinero o moneda de curso legal, hasta en un treinta por ciento de su importe total. Especial mención merece el señalar que esta

¹⁶ Galin, **Ob. Cit.** Pág. 235.

¹⁷ De la Cueva, **Ob. Cit.** Pág. 89.



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

Por unidad de tiempo. En esta clase de salario, el cálculo de la remuneración para efectos del pago, se hace con base en el tiempo de trabajo efectivo es decir, al tiempo que el trabajador permanece a disposición del empleador, por esa razón esta clase de salario puede pagarse, por mes, por quincena, por día u hora.

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

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



1.7. Medidas de protección del salario

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

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

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

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

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



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

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

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

Obligación de pagar el salario directamente al trabajador: Esta medida se refiere a que el patrono debe pagar el salario del trabajador directamente al mismo o con la autorización respectiva a la persona de la familia de aquel que haya indicado. Esta medida es importante, porque hace imposibles que los acreedores del trabajador puedan reclamar la entrega del salario de éste, si no es con orden de juez competente.

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



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

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

Es precisamente en relación a la inembargabilidad del salario, que el Código de Trabajo guatemalteco regula de manera más acertada y amplia el tema, pues se señala en el Artículo 96 del mismo, la inembargabilidad del 65% de los salarios mayores a trescientos quetzales, de lo cual se desprende que siendo en este momento, en Guatemala, la totalidad de salarios mayores a esa cantidad, se debe entender que esta regla de inembargabilidad se aplica a todos los salarios, lo cual constituye un verdadero avance en materia de protección de materia de protección del salario, a parte de ser el aspecto en el que más recoge nuestra legislación la finalidad del Convenio 95 de la OIT.

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



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

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

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

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

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



CAPÍTULO II

2. Contratos de trabajo

2.1. Naturaleza jurídica del contrato de trabajo

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

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

Así, el Artículo 106 de la Constitución Política de la República, estipula que los derechos laborales contenidos en la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Guatemala, son irrenunciables para los trabajadores y en caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales reglamentarias o contractuales en materia laboral se interpretará en el sentido más favorable para los trabajadores (in dubio pro operario). Por otro lado, se debe tener presente el capítulo dos sección octava de la Constitución Política de la República de Guatemala, denominada trabajo, porque en él están contenidos todos los principios fundamentales que informan el derecho del trabajo que son sumamente básicos para poder interpretar y aplicar sus normas desde el punto de vista constitucional. En



consecuencia la naturaleza jurídica del contrato de trabajo se puede decir que es un acuerdo de voluntades con carácter normativo único en su genero (sui géneris).

el doctor Cabanellas¹⁸ “el criterio más acertado en cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo es la del autor Volder quien dice que el trabajo, como factor humano y como producto genuino de la personalidad del hombre no puede ser dado en locación, no puede adquirirse o enajenarse asimismo agrega que puede arrendarse una cosa, un objeto material pero no puede arrendarse un hecho, una actividad del hombre, algo que pasa y se renueva, algo que constituye la verdadera vida activa de una cantidad de personas; además agrega que la naturaleza jurídica de un contrato debe responder a su contenido.” El maestro Cabanellas¹⁹ “resume en cuatro las opiniones vertidas sobre la naturaleza jurídica de los contratos de trabajo, tomando como base a Garriguet, en el orden siguiente:”

- Es un contrato de arrendamiento, que es decir que es un contrato por el cual una persona (arrendador) mediante un precio se obliga a poner durante cierto tiempo su actividad al servicio de otra persona (arrendatario) que se obliga a pagarle el arriendo, el alquiler, el salario (el Código Civil Francés) en 1945 le llama arrendamiento de servicios al mismo el Código Civil argentino en esa fecha lo define como locación de servicios).

- Es un contrato de venta, el cual consiste en un convención por la cual uno se obliga a entregar una cosa o transmitir la propiedad de ella a otro que por su parte se compromete a pagarla, (el obrero no puede transmitir a otro la propiedad de su persona ni de su actividad y por lo tanto lo que vende es su trabajo, es decir el ejercicio de un esfuerzo físico o intelectual durante un tiempo determinado).

- Es un contrato de los llamados innominados por el derecho romano do ut facias con relación al patrono y facio ut des con respecto al obrero, todo esto en cuanto a la apreciación de las dos partes del contrato.

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Contrato de trabajo**. Pág. 456.

¹⁹ **Ibid.** Pág. 460



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

2.2. Contrato individual del trabajo

El tratadista guatemalteco López Larrave, da una importante definición de lo que esta institución, definiéndolo, así: “El contrato individual de trabajo constituye indiscutiblemente la institución matriz en torno a la cual se ha venido construyendo el edificio del derecho laboral”.²⁰

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

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

- Tiene carácter económico;
- El trabajador se obliga a prestar un servicio o ejecutar una obra personalmente (intuitu personae);

²⁰ López Larrave, Mario. **Contrato por tiempo indefinido, a plazo y para obra determinada y de servicios profesionales.** Pág. 78.



- Existe dependencia o dirección ante quien presta la actividad y quien la distribuye utiliza;
- Existe una retribución;
- La retribución corresponde al hecho de utilizar la actividad ajena o el aprovechamiento de la fuerza de trabajo.

Es un poco difícil definir lo que es el Contrato de Trabajo, para efectos prácticos, no obstante, hay una definición que a mi juicio satisface los presupuestos necesarios del mismo: "Contrato individual de trabajo es el vínculo económico y jurídico por el que una persona individual, se obliga a prestar a otra individual o jurídica, sus servicios personales, bajo la subordinación o dependencia inmediata o delegada del empleador, a cambio de una remuneración, sin que el trabajador asuma los riesgos que corresponden al empleador."²¹

2.3. Clases de contrato de trabajo

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

a) Contrato de trabajo por tiempo indefinido: A esta clase de contrato no se fija plazo, este se encuentra más beneficiado por las normas legales de carácter laboral que protegen al trabajador, las cuales se basan en la continuidad o permanencia de la relación laboral no se basa en la calificación contractual, sino en la realidad contractual,

²¹ Revista del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. **Revista de trabajo**. Pág.39.



es decir en caso de que subsista la causa que da origen porque la fijación del plazo puede acarrear el problema de la simulación contractual que en estos tiempos es muy frecuente ver en la administración estatal y en la iniciativa privada, para poder resguardar los derechos laborales de sus trabajadores y con la difusión a nivel internacional de la corriente neoliberal cuya aplicación se empezó a sentir en Guatemala a partir de la presente década cuando se contrata personal de planta bajo el renglón presupuestario 029, que es denominado como flexibilización del derecho laboral que consiste en la desnaturalización del mismo.

El Código de Trabajo guatemalteco regula el contrato de trabajo por tiempo indefinido en el Artículo 25 que estipula específicamente en su literal a) “el contrato individual de trabajo puede ser: A) por tiempo indefinido, cuando no se especifica fecha para su terminación...” aunque nuestro mismo ordenamiento legal en su Artículo 23 establece que todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario.

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

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

c) Contrato de trabajo para obra determinada: “En primer lugar determinamos las diferencias que existen entre un contrato de obra laboral y un contrato de obra civil las diferencias principales estriban en que en el contrato de obra laboral debe existir subordinación por parte del trabajador y su empleador y la ausencia del riesgo para el trabajador, pues el riesgo de la obra debe de correr por parte del patrono o empleador, en cambio en el contrato de obra de naturaleza civil no existe subordinación y el riesgo



es por cuenta de la persona que realiza la obra.”²² El contrato para obra determinada es tratado por el autor Caldera y establece que “es un contrato a término incierto, que concluye con la terminación de la obra, entendiéndose por tal no la totalidad objetiva proyectada por el patrono, sino por la parte que subjetivamente corresponde al respectivo trabajador dentro de aquella.”²³

El Código de Trabajo estipula en su Artículo 25 literal c) que el contrato individual de trabajo puede ser por obra determinada, cuando se ajusta globalmente o en forma alzada el precio de los servicios, del trabajador desde que se inician las labores hasta que estas concluyan, tomando en cuenta el resultado del trabajo o sea la obra realizada.

2.4. Otra clasificación

A) Por el número de trabajadores a que afecta

- Individual, y
- Colectivo.

B) Verbal

- Trabajo agrícola y ganadera;
- Trabajo doméstico;
- Trabajo accidental o temporal que no exceda de sesenta días;
- Trabajo de obra determinada que no exceda de un valor de 100 quetzales ni 60 días de su ejecución.

C) Escrito

- Plazo fijo;
- Para obra determinada;
- Por tiempo indefinido.

²² Fuente periódico **Prensa Libre** Pág. 4 de fecha 12 de julio de 2006 y Decreto 108-96 del Congreso de la Republica.

²³ De la Cueva. **Ob. Cit.** Pág.88.



Características: dentro de las características principales del contrato de trabajo recogiendo distintos puntos de vista, de varios autores, diremos que son los siguientes:

a) Consensual: Porque se perfecciona con el mero consentimiento expreso contenido en el contrato o tácito contenido por el hecho de la iniciación de la relación de trabajo. Basta con el consentimiento de las partes, a diferencia de los contratos reales, que necesitan del consentimiento y además de la entrega de la cosa. La solemnidad no es inherente a esta clase de contrato, en los casos en que el convenio se exige por escrito, tal circunstancia no constituye solemnidad sino que se manifiesta como una pura aprobación, y se perfecciona por el sólo hecho de la prestación de los servicios.

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

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

d) Personal: porque las prestaciones únicamente pueden realizarlas las partes obligadas. Es lo que se le llama *intuitu personae*.

e) Principal: no depende para su validez, subsistencia y perfeccionamiento de ningún otro tipo de contrato, y cumple por sí mismo un fin contractual.

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



g) Conmutativo: porque el interés y la extensión de los beneficios totales de ambas partes pueden determinarse de antemano.

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

2.5. Elementos del contrato de trabajo

A) Elementos generales: en el contrato individual de trabajo, como relación jurídica, encontramos aunque con algunas características especiales los elementos comunes a todos los contratos.

- La capacidad.
- El consentimiento.
- El objeto

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

- Capacidad de goce: es llamada también de derecho, es inherente a todo ser humano y es necesaria para ser titular de derechos y para contraer obligaciones, de ella no se puede privar a ninguna persona en virtud de que el hacerlo significaría desconocer la personalidad jurídica. En resumen menciona el jurista Fernández Molina "Es la cualidad de un ente de ser sujeto de derechos y deberes jurídicos; es sinónimo de personalidad jurídica".²⁴

- Capacidad de ejercicio: llamada también de obrar. Es la facultad que tiene toda persona de ejercitar los derechos que cree tener, pero puede negarse a determinadas

²⁴ Fernández Molina, **Ob. Cit.** Pág.90.



personas; se basa en el pleno disfrute de la conciencia y la voluntad y estas facultades hermanas no se encuentran en la totalidad de las personas. Privar o limitar la capacidad de ejercicio no significa que se afecte el goce de los derechos de la persona, en virtud de que la ley le proporciona al incapaz un representante para que pueda ejercitar sus derechos.

El tratadista, de la Cueva, establece que capacidad “Es la posibilidad legal de las personas de ejercitar los actos referentes al trabajo; así que una persona es capaz o incapaz para ejecutar legalmente determinada labor, etc.”²⁵

Es inherente a toda persona humana por ser un atributo derivado de la personalidad jurídica de la persona humana y consiste en la facultad que posee toda persona para ejercer sus derechos y adquirir obligaciones. La capacidad de obrar o de ejercicio es la facultad que posee toda persona civilmente capaz para ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por si misma. Cabanellas, menciona que “es la facultad de cumplir por si mismo y ejercer de igual manera deberes y derechos jurídicos.”²⁶

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

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

²⁵ De la Cueva, **Ob. Cit.** Pág. 450.

²⁶ Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 468.



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

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

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

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



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

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

- Error en la persona: Siempre y cuando la contratación de dicha persona fuese la razón principal del contrato.

- Dolo: Es el artificio que se usa para llevar a otro a error, como aparentar otra edad o cualidad que no se tienen para poder contratar.

- Violencia o intimidación: En el derecho laboral, se puede presentar en casos en que el patrono para garantizar la permanencia y la subordinación del trabajador recurre a actos o hechos que lleven aparejada una intimidación. El ejemplo clásico o típico se da cuando se intimida al trabajador a aseverar que recibe prestaciones mayores a las que en efecto percibe, tal como sucede en las maquilas con mayor frecuencia en nuestro medio.

Objeto: "El objeto, en el Contrato de Trabajo, es una actividad idónea, un servicio que presta el trabajador en beneficio del patrono, quien en compensación del salario que paga tiene derecho a los frutos del trabajo."²⁷

Es la causa que origina el contrato de trabajo. El objeto del contrato de trabajo es regular la relación laboral que del mismo se deriva, bajo los términos y condiciones lícitas y posibles manifestadas y aceptadas por las partes, fijar las condiciones o elementos de la prestación de los servicios o ejecución de una obra, tales como: la materia u objeto, la forma o modo de su desempeño, el tiempo de su realización, el

²⁷ Franco López, César Landelino. **Derecho colectivo sustantivo del trabajo**. Pág. 92.



lugar de ejecución y las retribuciones a que está obligado el patrono y sobre todo aquellos aspectos en que la voluntad de las partes superen el mínimo de derechos reconocidos por la legislación laboral a favor del trabajador. Se discute en cuanto a que sucede si el objeto del contrato es ilícito, lo anterior lleva implícita responsabilidad penal, civil, administrativa o de carácter laboral, hacia el patrono, porque exclusivamente él es el responsable por la licitud del objeto del contrato.

Elementos especiales: Llamados también elementos propios, determinantes o resolutive del contrato individual de trabajo. Dentro de estos elementos están:

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

Prestación personal del servicio

a) Elementos personales o subjetivos (las partes)

a.1) El trabajador: Es la persona individual o física que se obliga a prestar un servicio intelectual, material o de ambas clases o a la ejecución de una obra a favor de una persona individual o jurídica a cambio de una remuneración.

a.2) El patrono o empleador: Es la persona individual o jurídica a cuyo favor y bajo su dependencia continuada y dirección inmediata delegada desarrolla su actividad laboral el trabajador, y la cual tiene la obligación de remunerar económicamente.

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



Conforme nuestra ley estipula el doctor Franco López que “Es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada del patrono a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.”²⁸

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

El autor Fernández Molina estipula “Consiste en la voluntaria sujeción de una persona a seguir las instrucciones de otra persona dentro del contexto de los servicios pactados. 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.”²⁹

López Larrave indica “que es la relación personal que, en virtud del contrato de trabajo, coloca al trabajador bajo la autoridad o mando y dirección inmediata del patrono o delegada en sus representantes para la realización del trabajo.”³⁰

Continua manifestando el autor que “La existencia de una relación de subordinación en la ejecución del trabajo, es suficiente para determinar la existencia de la relación laboral y esta la del Contrato de trabajo.”³¹ La doctrina moderna, reconoce y acepta tres clases de subordinación:

²⁸ **Ibid** Pág. 94.

²⁹ Fernández Molina, **Ob. Cit.** Pág. 89.

³⁰ López Larrave. **Contrato por tiempo indefinido, a plazo y para obra determinada y de servicios profesionales.** Pág. 22.

³¹ **Ibid.** Pág. 23



a) 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.

b) Subordinación económica: Conlleva intrínsecamente el compromiso del trabajador de dar sus servicios en beneficios del empleador.

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

2.6. Salario

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

Al entrar a analizar la figura laboral del salario, es indispensable que nos enfoquemos, desde el punto de vista del Artículo 1. Del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, que puede ser llamado también como Convenio sobre la Protección del Salario, al referirse al salario, lo define de la siguiente manera: “A los efectos del presente Convenio, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”³²

³² Este convenio entro en vigencia para Guatemala, el 13 de febrero de 1953.



La revista trabajo, publicada por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, en el año 2006, se refiere al salario, en sentido plural, salarios: “Sea cual fuere su denominación o método de cálculo, es la remuneración debida por un empleador a un trabajador, en virtud del cumplimiento del contrato o relación de trabajo.”³³

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

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

a) Ausencia de riesgo: Muchos doctrinarios del derecho laboral, no incluyen en este elemento, el cual reviste características importantes. Debemos entender por riesgo: “Contingencia o probabilidad de un daño. Peligro.”³⁴

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

³³ **Ministros de Trabajo y previsión Social. Revista del trabajo.** Vol. II, Guatemala 2006.

³⁴ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Pág. 680.



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

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

De la Cueva, establece que “Estabilidad no en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a las relaciones de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono y del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador ajenas a la voluntad de la relación que haba imposible su continuación”.³⁵

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

³⁵ De la cueva. **El nuevo derecho del trabajo**. Pág. 239.



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

2.7. La simulación de los contratos de trabajo

2.7.1. Aspectos doctrinarios y legales de la simulación

“Etimológicamente simulación se deriva del latín simulatio, simulationis, del verbo simulare, y estas palabras de la raíz latín bemol, semel, similis, sánscrita de la que se deriva samo, que significa lo mismo y de aquí el semejante, parecido a otro, simulare, aspecto y semejanza de verdad...”³⁶

El diccionario establece “que simulación se deriva de la voz simulación, acción de simular acepción forense, alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato y simular, representar una cosa, fingiendo o imitándolo que no es...”³⁷

Declara la nulidad de toda negociación en que una de las partes o ambas “hayan procedido con simulación o fraude a la ley laboral, cualquiera que sea el sistema utilizado al efecto como hacer aparentar normas contractuales no laborales, interposición de personas o cualquier otro medio. Al quedar sin efecto el acto simulado o fraudulento, se aplican las normas correspondientes al hecho o acto real que se quiso evadir.”³⁸

La simulación forma parte de los cuatro elementos que conforman los vicios del consentimiento, entre los cuales se encuentra el error, el dolo, la violencia y la simulación. Es así como, el Artículo 1251 del Código Civil establece: el negocio jurídico requiere para su validez, capacidad legal del sujeto que declara su voluntad,

³⁶ Espín Cánovas, Diego. **Derecho civil español**. Pág.856.

³⁷ **Diccionario de la real academia de la lengua española**. Pág. 1202.

³⁸ Cabanellas, **contrato de trabajo**. Pág. 886



consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito, y, en el Artículo 303 del mencionado Código indica que: el negocio jurídico es anulable por la incapacidad relativa de las partes o de una de ellas, y por los vicios del consentimiento.

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

2.7.2. Bosquejo histórico de la teoría de la simulación

El jurista Castan Tobeñas describe que La elaboración científica de la teoría de la simulación es reciente, tuvo su origen en la doctrina alemana; pero esto no quiere decir, que dicha institución hubiera pasado inadvertida en el derecho romano; pues en este derecho, la simulación en los negocios jurídicos, acarreaba su nulidad, es decir, que el negocio simulado no producía efectos jurídicos, porque el acto no era verdadero, la base de la nulidad en el sistema jurídico romano era de índole material, la falta de verdad sin entrar a considerar aspectos subjetivos o intencionales del simulador.³⁹

La razón de la nulidad era concebida en términos estrictamente objetivos, en el sentido de que la verdad debía prevalecer sobre la ficción. El jurista romano no entraba, pues, a analizar el acto simulado en función de los elementos subjetivos del mismo (intención y declaración) sino que, limitando la esencia a un problema de forma, en cierto modo quedaba eliminada la simulación puesto que la forma cerraba la validez del acto.

Entonces pues, para los romanos, la voluntad interna mientras no se manifestaba, carecía de toda significación jurídica. Los negocios jurídicos eran fórmulas rígidas de

³⁹ Castan Tobeñas, José. **Derecho civil**. Pág. 566.



valor absoluto, de ahí que no pudiera plantearse el problema de la simulación en los mismos términos en que modernamente se plantea.⁴⁰

Sigue comentando el autor que en el derecho de justiniano, aparecen los negocios no solemnes, en los cuales ya se reconocía una importancia relativa a la voluntad y así existe un pasaje de Ulpiano, en donde no correspondiendo la voluntad a lo manifestado en el negocio éste es declarado nulo y sin efecto.⁴¹

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

El jurista Castan Tobeñas explica “que durante el renacimiento, surge de nuevo el derecho con más pureza y nitidez que en épocas anteriores: pero no se realizó ningún estudio ni orientación doctrinaria de importancia, porque los juristas volvieron a los estudios del derecho romano, puro y la aplicación de sus principios y conclusiones; ésta situación se mantiene aún en el siglo XVII.”⁴²

Pero en el siglo XVIII, los tratadistas alemanes y franceses se preocupan nuevamente de estudiar el problema, opinando que el negocio simulado carece de existencia jurídica y que no es susceptible de ratificación, si causa perjuicio a tercero o implica trasgresión a las leyes. De este siglo es también el aporte de los jurisconsultos italianos, quienes persiguen obtener un concepto completo de simulación y encontrar las diferencias con otras figuras afines, sus clases y sus efectos, así como la manera de probarla en juicio y las acciones y excepciones pertinentes.

Con este material histórico, se ha integrado la teoría de la simulación; en nuestro país, aparece tratado el problema de la simulación, ya en forma técnica en el Código Civil,

⁴⁰ **Ibid.**

⁴¹ Castan Tobeñas, **Derecho civil**, Pág. 568.

⁴² **Ibid.** Pág. 570.

pero no existe un tratamiento unitario del negocio jurídico, concepto previsto en el artículo 100 del Código de Comercio, a partir del cual se construye la teoría de la simulación, acudiendo a normas que regulan.



2.7.3. Definición

El tratadista Herrera Nieto menciona que simulación es “La declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo.”⁴³

2.7.4. Características de la simulación

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

- Es una declaración deliberadamente disconforme con la intención;
- Concertada de acuerdo con las partes;
- Para engañar a terceras personas.⁴⁴

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

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

⁴³ Herrera Nieto, Bernardino. **La simulación y el fraude a la ley en el derecho del trabajo**, Pág. 86.

⁴⁴ Rojina Villegas, Rafael. **Compendio de derecho civil III**. Pág. 438.



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

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

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

2.7.5. Clasificación

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

También se regula que la simulación tiene lugar:

- Cuando se encubre el carácter jurídico del negocio que se declara, dándose apariencia de otro de distinta naturaleza;



- Cuando las partes confiesan o declaran falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas; y,
- Cuando se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas para mantener desconocidas a las verdaderamente interesada.

2.7.5.1. Simulación absoluta

Es la forma mas simple de la simulación, supone haberse creado la apariencia de un negocio, y, en verdad resulta que no se quiso dar vida a tal negocio, sino tan solo a su apariencia engañosa. Se oculta la apariencia de causa. Alonso Olea, citado por Castan Tobeñas, expresa “que en este proceder se pone de manifiesto una fuerte restricción en la autonomía de la voluntad de las partes, porque no son éstas sin la ley, quien decide, no sólo sobre la nulidad de un contrato o cláusula, sino que también sobre los efectos de la anulación. Agrega, por otro lado, se acredita así también la vigencia del principio de la conservación o continuidad del contrato, como lo hemos denominado. Si la simulación es absoluta, nos encontramos ante un contrato sin causa o causa falsa y por lo tanto en nulo.”⁴⁵

2.7.5.2. Simulación relativa

Rojina Villegas preceptúa: “La simulación relativa consiste en disfrazar un acto, en ellas se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando a cabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo que a su verdadera naturaleza, permanezca secreta. La figura aparente del negocio solo sirve para engañar al público, pero, detrás de esa falsa apariencia, se esconde la verdad de lo que las partes han querido realizar y sustraer el conocimiento de los terceros.”⁴⁶

⁴⁵ Castan Tobeñas, **Ob. Cit.** Pág. 444.

⁴⁶ Rojina Villegas, **Ob. Cit.** Pág. 585.



Los elementos de la simulación se dividen en:

- Elementos personales.
- Elementos objetivos.

a) Elementos Personales: Las partes simulantes:

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

- Se entiende por parte todo aquel sujeto que participa en un acto o negocio jurídico simulado. Ejemplo: respecto al contrato traslativo de dominio, lo serán respectivamente el enajenante simulado o fingido (aquel que declara enajenar y no enajena) así como también el adquirente simulado, (aquel que declara adquirir pero no adquiere en realidad).
- También se entiende por parte, según Herrera Nieto, el representante en caso que exista de cada uno de los contratantes, el heredero de cada contratante, y también, bajo ciertos aspectos, el causahabiente del mismo, se equiparan al que participa en un acto o negocio simulado y el inductor del acto falso o el que acepta concientemente su perpetración también será equiparado al concepto de parte y excluido del concepto de tercero.⁴⁷
- Son terceros, los interesados en los efectos de la simulación:

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

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

⁴⁷ Herrera Nieto, **Ob. Cit.** Pág.96.



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

b) Elementos objetivos:

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

El acuerdo simulatorio: La organización de las parte, para orientar y dar vida a sus declaraciones, como un medio para ocultar la verdadera naturaleza del negocio que pretenden realizar o en realidad no realizar ninguno, es lo que se denomina acuerdo simulatorio, sigue mencionando el autor "Para esto no basta que una parte haga su declaración en desacuerdo con su íntimo pensamiento sino que es imprescindible también que el otro contratante formule su declaración igualmente fingida y en inteligencia con el primero".⁴⁸

El acuerdo simulatorio no constituye la simulación, sino que la facilita, la prepara. Es decir, que el primer paso en la simulación (aparentar) o en la disimulación (ocultar), está conformado por el acuerdo simulatorio. Dicho acuerdo, puede redactarse por escrito, pero por regla general es verbal.

Es conveniente analizar la naturaleza jurídica del mencionado acuerdo simulatorio; y dice que no hay uniformidad de pareceres entre los autores sobre este tema; pero hace resaltar que las partes que concurren al acuerdo no solo declaran su voluntad de llevar adelante la simulación, sino que sobre la base del acuerdo limitan la eficacia del negocio simulado, al privarle de su aparente función económico jurídica; y, por último, se obligan entre sí, al celebrar el negocio simulado, y en la simulación relativa a

⁴⁸ **Ibid.** Pág. 98.



celebrar también el negocio disimulado. De ahí que se diga que el acuerdo simulatorio es una actividad preparatoria del negocio simulado o momento prenegocial.

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

La declaración simulatoria: La declaración es la proyección externa del acuerdo simulatorio, y va dirigida a surtir efectos ante terceros; es una declaración atestativa, es decir, independiente de lo que las partes hayan podido realizar para medir y fijar sus respectivos intereses. La declaración simulatoria menciona el profesor Herrera Nieto que es "La declaración o acto jurídico aparente sirve para ocultar la existencia de un negocio o para aparentar otro inexistente, a través del cual, la parte o partes interesadas manifiestan detentar la titularidad o no titularidad de un derecho que, de una u otra forma, afecta a los intereses de terceros."⁴⁹ Entre el acuerdo y el negocio simulado, existe una relación íntima y estrecha; y en consecuencia el negocio simulado viene a ser un acto de ejecución del acuerdo simulatorio.

Las contra-declaraciones: La declaración Inter-partes, más conocida como contradecларación, por no estar orientada a terceros, sino tan sólo opera entre las partes simulantes, sin otro fin que el de prevenir los abusos que pudieran surgir entre las mismas y también por no estar ligada a la idea de engaño; constituye un elemento accesorio a la simulación que puede existir o faltar, pero que en ningún caso se presenta como elemento constitutivo de la misma.

Como dice muy acertadamente Herrera Nieto; "La prueba de la simulación no es la prueba de las contradecларaciones, sino la prueba de la simulación misma."⁵⁰

⁴⁹ **Ibid.** Pág.100.

⁵⁰ **Ibid.** Pág.102.



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

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

CAPÍTULO III

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



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

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

3.1 El contrato de servicios profesionales

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



personas sobre un objeto de interés jurídico y el contrato es una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”⁵¹

Cabanellas menciona que contrato es: “El acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”⁵²

Por su parte el tratadista español Puig Peña, lo define así: “Aquel acuerdo de voluntades anteriormente divergentes por virtud de la cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial.”⁵³

3.2. Definición

Muchos autores lo denominan también como contrato de prestación de servicios, como Cabanellas que expresa al respecto que: “Es aquel contrato mediante el cual una persona se compromete a trabajar durante un lapso, mediante una remuneración proporcional al tiempo, llamado salario.”⁵⁴

Espín Cánovas menciona que “El contrato de servicios profesionales es aquel en virtud del cual una persona llamada profesional o profesor se obliga a prestar un servicio técnico a favor de otra llamada cliente, a cambio de una retribución llamada honorario.”⁵⁵

El profesor Espín Canovas expresa que “Los servicios profesionales se caracterizan por la confianza del cliente en la pericia del profesional y la libertad de éste en cuanto a la forma de conseguir el resultado perseguido (aunque no contratado); el profesional,

⁵¹ De Litala, Luigi. **Los contratos especiales de trabajo**. Pág. 44.

⁵² Cabanellas, **Ob. Cit.** Pág. 98.

⁵³ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil**. Pág. 875.

⁵⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Pág. 93.

⁵⁵ Espín Cánovas, **Ob. Cit.** Pág.876.



en principio, trabaja bajo su propia dirección y sin someterse al criterio del que encarga los servicios, siquiera éstos se prestan en provecho del cliente.”⁵⁶

La doctrina y tratadistas, se inclinan por denominarlo como un contrato de locación de servicios. Ossorio, lo define así: “contrato consensual que tiene lugar cuando una de las partes se obliga a prestar un servicio y la otra a pagarle por el mismo un precio en dinero.”⁵⁷

Por su parte Cabanellas, citando a Puig Peña, preceptúa: “Locación de servicios es un contrato por el cual una persona pone su actividad y sus talentos profesionales al servicio de otra persona por un tiempo determinado o indeterminado.”⁵⁸

3.3. Principios que rigen el contrato de servicios profesionales

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

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

Para darse este principio, también es conveniente que se de otro elemento, como es la aceptación, siendo una etapa fundamental en el desarrollo del principio consensual, pues es la manifestación del consentimiento acorde como productor de efectos jurídicos, en resumen, consiste en admitir la proposición hecha o el encargo conferido,

⁵⁶ **Ibid.** Pág. 878.

⁵⁷ Ossorio, Manuel, **Ob. Cit.** Pág. 438.

⁵⁸ Puig Peña, **Ob. Cit.** Pág. 885.



y estos elementos son requisitos indispensables para que se pueda dar un contrato civil.

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

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

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

3.4. Elementos

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



A) Elementos personales

a) Profesional: Es quien por profesión o por hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos.

Cabanellas, al respecto preceptúa: “Es el empleo, facultad, u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente. Ese concepto omite dos fundamentos: la de permanencia casi coincidente con la vida útil de la persona; y la de retribución o los ingresos, como la compensación del esfuerzo y por la necesidad, en los más, de hacer frente a los gastos personales y familiares con el ejercicio profesional.”⁵⁹ Este elemento es quien se obliga a prestar el servicio. Tampoco hay en la legislación una definición de lo que se debe entender por profesional.

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

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

Es pertinente puntualizar que el contrato de servicios profesionales, únicamente puede ser celebrado por personas capacitadas en determinada rama y que posean el título facultativo o en su defecto la incorporación necesaria, consecuentemente al hacerse con personas que no posean dichas cualidades, dicho contrato deviene nulo y le hace

⁵⁹ Cabanellas, **Ob. Cit**, Pág. 420.



además responsable del pago de daños y perjuicios. La persona que presta el servicio profesional lo debe realizar en forma personal, pues lo que se busca son sus conocimientos pericia en determinado trabajo.

b) Cliente: “Quien requiere con constancia los servicios profesionales de otro”.⁶⁰ Como se dijo anteriormente el Código Civil, al referirse a esta modalidad o sea al contrato de servicios profesionales, no hace mención a esta palabra, solo dice “a quienes lo soliciten, si varias personas encomendaren.”

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

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

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

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

b) Honorarios: Cabanellas menciona que es “Remuneración, estipendio o sueldo que se concede por ciertos trabajos. Generalmente se aplica a las profesiones liberales, en

⁶⁰ Ossorio, **Ob. Cit.** Pág. 128.



que no hay relación de dependencia económica entre las parte, y donde fija libremente su retribución el que desempeña la actividad o presta los servicios.”⁶¹

Ossorio estipula “Se llama honorarios a la retribución que recibe por su trabajo quien ejerce o practica una profesión o arte liberal. Lleva implícito el concepto de una retribución que se da y recibe como honor, dada la jerarquía de quien realiza la tarea específica que debe ser remunerada.”⁶² Los honorarios constituyen la remuneración a que el profesional tiene derecho, por la prestación del servicio al cliente. Los honorarios normalmente se pactan en dinero, pero nada hay que impida que lo sean en especie, en tanto sean determinados o determinables.

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

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

El tratadista Cabanellas, lo define así “Es el convenio que celebra un abogado con su cliente para patrocinarlo o cambio de percibir una cuota parte del objeto del litigio, para el supuesto de ganar el pleito. Comprende asimismo la análoga convención realizada por un procurador.”⁶³

⁶¹ Cabanellas, **Ob. Cit**, Pág. 190.

⁶² Ossorio, **Ob. Cit**, Pág. 355.

⁶³ Cabanellas, **Ob. Cit**, Pág. 288.



3.5. Forma

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

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

3.6. Efectos

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

A) Obligaciones y derechos del profesional:

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

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

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



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

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

- Pagar los honorarios convenidos. La obligación en mención, se regula en los Artículos 2027, 2028 y, 2029 del Código Civil, específicamente esta última disposición, al establecer el derecho del profesional a la retribución lo que correlativamente impone a la persona que lo contrato la obligación de pagarles sus honorarios.
- Reembolsar el cliente al profesional los gastos en que éste haya incurrido en la prestación del servicio, previa justificación y comprobación por parte de este último.
- Derecho de rescindir el contrato en caso de inconformidad en los términos señalados por el Artículo 2035 del Código Civil, el cual contempla que: "Si la persona que contrato los servicios no está conforme con su desarrollo o con los actos o conducta del profesional, puede rescindir el contrato pagando el trabajo y los gastos efectuados...".



3.7. Características del contrato de servicios profesionales

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

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

3.8. Regulación legal

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

Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre horarios y condiciones de pago.



A falta de convenio, la retribución del profesional se regulará de conformidad con el arancel respectivo y, si no hubiere, será fijada por el juez, tomando en consideración la importancia y duración de los servicios y las circunstancias económicas del que debe pagarlos

El profesional tiene derecho, además de la retribución a que se le paguen los gastos que haya hecho con motivo de los servicios prestados, justificándolos y comprobándolos debidamente.

Si varias personas encomendaren un negocio o solicitaren servicios profesionales en un mismo asunto, serán solidariamente responsables por el pago de los honorarios y gastos causados con tal motivo.

Salvo pacto en contrario, los que prestaren servicios profesionales tendrán derecho a ser retribuidos, cualquiera que sea el éxito o resultado del negocio o asunto en el cual hubieren intervenido.

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

Cuando un profesional no pueda continuar prestando sus servicios, deberá avisar con la debida anticipación, según la naturaleza del trabajo, a la persona, que lo contrató, quedando responsable de daños y perjuicios si se separare sin dar aviso y sin dejar persona competente que lo sustituya.

Si la persona que contrató los servicios no está conforme con su desarrollo o con los actos o conducta del profesional, puede rescindir el contrato pagando el trabajo y los gastos efectuados, cantidad que fijará el juez, si hubiere desacuerdo entre las partes.



Las personas que, sin tener título facultativo o autorización legal. Prestaren servicios profesionales para los cuales la ley exige ese requisito, además de incurrir en las penas respectivas, no tendrán derecho a retribución y serán responsables de los daños y perjuicios que hubieren ocasionado.

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

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

1) Como una modalidad de mandato: Esta teoría compara la actividad profesional a la locación de servicios y, por ende, al ubicar la prestación de servicios profesionales dentro del mandato, pretendía asegurar esa distinción. Se dice sobre todo en esta corriente que mediante el contrato de servicios profesionales, el cliente “encarga” al profesional un asunto o negocio que requiere de los conocimientos y experiencia especializados del contratado. Dentro de las críticas a esta teoría están las siguientes:

- Por medio del contrato de mandato se habilita al mandatario para que entable relaciones futuras con terceros, el resultado regularmente se manifestará en el patrimonio del mandante.
- A través del mandato, el mandatario se encarga de la ejecución de determinados actos jurídicos; en cambio por el contrato de servicios profesionales, regularmente no se requiere del profesional la realización de actos jurídicos propiamente dichos.
- Se señala que esta teoría resulta insatisfactoria, ya que el mandato, se hace énfasis o relevancia en la representación, en cambio en los servicios



profesionales lo relevante es el trabajo y la calidad del profesional que ejecuta cierto trabajo.

- El contrato de servicios profesionales nunca es gratuito, en cambio el mandato si lo puede ser.
- Como locación de servicios. Se dice que el contrato de servicios profesionales no es más que un contrato de locación de servicios o de trabajo. Por medio de este contrato el profesional se obliga a prestar sus servicios en forma personal a otra persona llamada cliente a cambio de una retribución o remuneración llamada comúnmente salario.

Este enfoque podría ser válido cuando entre el profesional y el cliente existe dependencia continuada y dirección inmediata (Artículo 18 Código de Trabajo) y salario, en vez de honorario. Por ejemplo, el caso del asesor jurídico de una empresa cuyos servicios se sujetan a un horario y a un sueldo, el médico que trabaja como “interno” en un hospital o el ingeniero que presta permanentemente sus servicios a una empresa constructora.

Espín Canovas, señala que “Aunque el profesional preste sus servicios como trabajador, la labor de los profesionales es siempre la misma, sea que trabajen a sueldo o por cuenta propia; también son iguales sus responsabilidades morales, profesionales, civiles y penales...”⁶⁴

- La crítica que recibe esta teoría es que el profesional realiza sus labores con absoluta independencia de criterio, ello no les obliga a seguir las instrucciones de la persona que los contrata sobre la forma de realizar su trabajo.
- Otra contradicción al respecto es que el contrato de servicios profesionales está en oposición con el contrato de trabajo, precisamente en la independencia

⁶⁴ Espín Canovas, **Ob. Cit.** Pág. 880.



que en todo sentido, caracteriza la prestación del profesional. En el contrato de servicios profesionales no se da una relación de dependencia, ni de sujeción a la dirección del cliente, sino precisamente una relación contractual civil en donde no se establecen garantías mínimas ni mucho menos irrenunciables para el contratado.

- Como contrato autónomo. El contrato de servicios profesionales al tener todos los elementos y características propios de un contrato lo hacen un contrato típico y principalmente nominado, diferenciándolo de los contratos de mandato y el de locación de obra.

Independizado el Contrato de Trabajo y el de empresa del arrendamiento o locación, como lo consideraba el Código de Trabajo del 77, necesario resulta establecer este contrato con disposiciones que lo caracterizan como autónomo de servicios profesionales, separándonos de la antigua denominación de arrendamiento y aun de las opiniones que lo enmarcan entre el mandato, empresa o contrato innominado” pues la naturaleza de tales servicios requieren adecuada legislación”.

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

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

- Requiere que una de las partes sea un profesional.
- Esa parte se obliga a prestar sus servicios técnicos a la otra, con independencia y libertad.



- Esa parte asume una obligación de medios y no de resultados, pues ~~no se~~ compromete a entregar una obra concluida a satisfacción de la otra.
- La relación puede ser terminada en cualquier tiempo por el cliente, sin necesidad de expresión o prueba de causa justa; y.
- La contraprestación no es un precio, sino un honorario.

3.9. Clasificación

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

a) Es bilateral: Ambas partes se obligan recíprocamente. "... Son bilaterales si ambas se obligan recíprocamente "Art. 1587 del código Civil.

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

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

c) Es oneroso: Se entiende que es oneroso cuando las partes estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

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



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

e) Es intuito personae: “Por razón de la persona o en consideración a ella. Se refiere a las disposiciones o actitudes que se adoptan sin atenerse estrictamente a derecho o razón, sino al respeto que alguien merece.”⁶⁵ El profesional es elegido por el cliente por sus cualidades personales, por lo cual no puede delegar su cargo.

f) Es de tracto sucesivo: “El contrato de prestación de servicios profesionales, no agota la finalidad que persiguen las partes con su simple celebración, sino que es un medio para obtener los resultados que en definitiva pretenden las partes y las obligaciones que genera para el profesor deben cumplirse con posterioridad (lapso más o menos largo) a la celebración del contrato...”⁶⁶

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

3.10. Principios del derecho del trabajo

a) principio de estabilidad: Con este principio se trata de asegurar al trabajador una relación laboral más o menos estable. Entendiéndose por estable, lo que conlleva una tranquilidad desde el punto de vista emocional, económico y psicológico, sin tener que estar el trabajador pendiente de la fecha en que concluirá su contrato, y sobre todo la incertidumbre si lo recontrataran o no, y sobre todo en que condiciones se dará la misma.

⁶⁵ Cabanellas. **Ob. Cit**, 212.

⁶⁶ **Ibid.** Pág. 214.



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

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

Sólo puede darse la terminación de los contratos de trabajo responsabilidad para las partes: por mutuo acuerdo de las partes; por voluntad de una de ellas (renuncia del trabajador, llenando los requisitos de ley) y el patrono únicamente puede despedir un

trabajador por causa imputable al trabajador de las contempladas en el Artículo 17 del Código de Trabajo, siempre que este derecho se ejercite en el plazo allí estipulado.



b) Principio continuidad: El principio de continuidad, también se le llama de permanencia.

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

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



3.11. Características del contrato de servicios profesionales

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

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

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

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



de vista no es determinante, puesto que de conformidad con el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, se entiende: "...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo...". Hecho por el cual en ningún momento o aspecto se debe diferenciar o ubicar un contrato como de servicios profesionales por el simple hecho de mencionarse como honorarios.

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

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

3.13. Diferencia entre salario y honorarios

Salario: El Artículo 1o. del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT-, llamado también como Convenio sobre la Protección del Salario, 1949, define al salario de la siguiente manera: "A los efectos del presente Convenio, el término salario, significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar."⁶⁷

⁶⁷ Este Convenio entro en vigencia para Guatemala, el13 de febrero de 1953.



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

Para concluir debemos de indicar lo dicho por Cabanellas: “La palabra salario, etimológicamente viene de la palabra *salarium*, de sal. El salario es la compensación que recibe el obrero o empleado a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado. Comprende la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por sus servicios u obras, no sólo la parte que recibe en metálico o especies, como retribución inmediata y directa de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimento o interrupción del trabajo, cotizaciones del patrono por los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes.”⁶⁸

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

2. Honorarios: “Los honorarios constituyen la remuneración a que el profesional tiene derecho, por la prestación del servicio al cliente”. De las definiciones descritas, se puede concluir en que la única diferencia, estriba en que el salario es una retribución y la otra una remuneración.

⁶⁸ Cabanellas. **Ob. Cit.** Pág. 256.



3.14. Diferencia entre contrato laboral y contrato civil

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

3.15. Regulación legal del contrato civil de servicios profesionales

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

Dicha norma legal establece que los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago, es decir que regula la autonomía de la voluntad como una forma de contratar, fortaleciendo el consensualismo como una de sus características.



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

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



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

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

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

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

En atención a lo anterior, las personas que prestan servicios técnicos o profesionales, están afectos al pago del Impuesto Sobre la Renta (I.S.R.) contenida en la ley antes referida, pero debe tenerse en consideración que el mismo cuerpo normativo establece que las personas individuales que realicen actividades lucrativas y las que obtienen sus ingresos del ejercicio de una actividad profesional o técnica determinarán su renta neta, deduciendo de la renta bruta los costos y gastos necesarios para producir o conservar la fuente productora de las rentas gravadas, según los conceptos que establece la misma ley; en tal virtud, considera renta neta para las personas individuales que obtengan ingresos exclusivamente por la prestación de servicios personales en relación de dependencia, los sueldos y salarios, comisiones y gastos de representación cuando no deban ser comprobados, bonificaciones incluida la creada por el Decreto número



37-2001 del Congreso de la República, y otras remuneraciones similares, siendo renta imponible el equivalente a su renta menos las siguientes deducciones:

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



parientes indicados arriba y que dicho hospital o centro de Salud Pública y Asistencia Social o pagado por concepto de honorarios de cirujanos, anesthesiologists and assistants; de salas de operaciones y por intervenciones quirúrgicas de toda clase y naturaleza, por uso de quirófanos y otros pagos semejantes; los gastos de traslado, uso de ambulancia y otros medios de transporte por razón médica del sujeto de gravamen o de sus expresados parientes, así como gastos causados en salar y tratamientos de emergencia; y los gastos ocasionados por rehabilitación y tratamientos de fisioterapia, siempre que hayan sido hechos por prescripción o recomendación medica. Para la deducibilidad de los gastos médicos expresados, los mismos deberán ser debidamente justificados con las facturas legales correspondientes.

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

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

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

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



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

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

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

C) Ventajas para el trabajador

- No está atado al patrono con la expectativa del pago de una indemnización, por lo que puede utilizar su especialización para buscar un nuevo empleo;
- Puede negociar el pago de un salario más o menos elevado; y, al finalizar el plazo del contrato y no ser renovado, tiene el derecho de emplazar al patrono para probar que su relación fue laboral y exigir el pago de sus prestaciones laborales en forma retroactiva.

Lo indicado en los numerales anteriores también constituye desventajas para los trabajadores ya que la mayor parte de ellos, tal y como se mencionó antes, no son



profesionales propiamente dichos, y por lo tanto, de manera muy especial debe protegerse su estabilidad laboral por sobre cualquier otra cosa. Asimismo debe mencionarse que en el caso de los profesionales propiamente dichos, por el mismo hecho de ser profesionales llevan consigo el derecho a negociar el pago de una remuneración por sus servicios prestados, pero en todos los casos, mantienen su condición de profesionales independientes pudiendo dedicarse, aparte de las actividades que le confiere el contrato respectivo, a otras que su propia profesión le confiere.

E) Desventaja para el trabajador

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

3.18. Aspectos doctrinarios y legales de la simulación

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

2. La simulación en el ámbito laboral respecto del contrato de servicios profesionales: El Contrato de Servicios Profesionales, tal como lo regula el Código Civil en el Artículo 2027 al 2036 que regula que los contratos de prestación de servicios profesionales, los cuales constituyen su funcionamiento legal básico y cuyo contenido esta fincado en determinar que los profesionales que prestan sus servicios y los particulares son libres



de fijar los honorarios y condiciones de pago; asimismo, los honorarios también pueden fijarse de acuerdo al arancel respectivo, tomando en consideración la importancia y duración de los servicios, las circunstancias económicas del que debe de pagarlos.

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

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

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



- en el contrato de trabajo se compromete la prestación de un servicio. en el contrato de servicios profesionales o técnicos, se compromete el resultado de dichos servicios.

3.19. Medios legales para resolver los conflictos

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

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

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

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

- Existe una retribución económica por el servicio que se presta, llámesele trabajador o no al prestador del mismo.



- El objeto principal de ambos, es la prestación de un servicio a cambio de una retribución.



CAPÍTULO IV



4. Los contratos administrativos

Este es el primer artículo de una serie dedicada a los contratos administrativos. Este primer artículo trata de introducirnos en lo que son los contratos administrativos, para lo cual, y con el objetivo ofrecer una visión general, que no carente del rigor científico exigible, se entrará a conocer de los aspectos más básicos y esenciales que afectan a todo contrato administrativo. Por ello, en este primer artículo no se va a profundizar en ninguno de los distintos contratos administrativos existentes en nuestro ordenamiento, cosa ésta que se hará en los próximos artículos, analizando con detenimiento los aspectos más destacables de cada modalidad contractual administrativa; pero, debe tenerse en cuenta que nos adentramos en el análisis de una materia que puede volverse compleja para el lector si no se tienen claros los antecedentes y los aspectos básicos que inciden sobre los contratos administrativos.

4.1. Antecedentes históricos de la contratación administrativa

Como primera aproximación a la idea de lo que es la contratación administrativa, conviene hacer una breve referencia al proceso evolutivo a través del cual se llega a la Administración Pública actual.

Históricamente, la Administración Pública funciona más bien como un aparato meramente represor y al servicio del monarca absoluto, sin someterse a las normas jurídicas en su funcionamiento.

A raíz de la Revolución Francesa (1789), la soberanía de un país deja de residir en el monarca y pasa a ser ostentada por el pueblo, y ello, con una consecuencia fundamental: la Administración pasa a estar al servicio del ciudadano y su funcionamiento queda sujeto a normas jurídicas.



Sin embargo, el núcleo esencial de esa primera Administración moderna girando, fundamentalmente, en torno a unas actividades específicamente públicas sin correspondencia posible con la actividad de los particulares, por lo que las normas jurídicas destinadas a regular su funcionamiento tenían que ser, necesariamente, de exclusiva aplicación a la Administración.

Estas normas específicamente públicas, al irse desarrollando e incrementando, con el tiempo dieron lugar al nacimiento de una rama especial del Derecho, el Derecho administrativo, en cuanto Derecho regulador del funcionamiento y de los derechos y obligaciones de la Administración Pública, diferenciado del Derecho privado, cuyo ámbito queda circunscrito exclusivamente a las relaciones entre particulares.

En aquellos primeros momentos del Derecho administrativo, no existían los contratos administrativos como figura jurídica peculiar, ya que el aparato administrativo era autosuficiente para atender por sí mismo las necesidades de la sociedad en el reducto sector de la sociedad en que intervenía.

Entonces, ¿cómo nacieron los contratos administrativos como contratos dotados de una regulación distinta a la de los contratos privados?

Para ello, fue necesario que se produjera un proceso de profunda evolución en el que, partiendo inicialmente de un grado muy reducido de intervención administrativa, se va evolucionando hacia un volumen muy elevado de actuaciones públicas en todas las áreas que afectan al funcionamiento de la sociedad, y cuyas etapas más significativas fueron las siguientes:

Inicialmente, el Estado moderno nacido de la Revolución Francesa era acérrimamente liberal, lo cual suponía la menor injerencia posible de la Administración en los asuntos privados de los ciudadanos.

Esto, unido a la Revolución industrial que tuvo lugar a lo largo del siglo XIX, hizo nacer lo que conocemos por capitalismo, que en poco tiempo llevó a extremo la explotación

de unos ciudadanos por otros, hasta el punto de generar situaciones insostenibles.



El resultado de aquel proceso provocó en la mayoría de países europeos, el surgimiento de focos pre revolucionarios que, reaccionando contra el liberalismo capitalista, propugnaban el predominio absoluto de los intereses de la sociedad, de lo colectivo y, por tanto, del Estado sobre los intereses particulares de cada individuo.

Tras estos estallidos revolucionarios, la concepción del Estado empieza a evolucionar hacia lo que hoy conocemos como Estado Social de Derecho, es decir, un Estado preocupado por el bienestar medio de la mayoría de los ciudadanos y que, para conseguir tal objetivo, fomenta, por una parte, la actividad económica privada, fortaleciendo las infraestructuras y el entramado económico y social del país y, por otra parte, interviene corrigiendo desigualdades y prestando un mayor número de servicios a los ciudadanos.

Este progresivo e importante incremento de las actuaciones del Estado provoca que la Administración Pública necesite utilizar, cada vez más, la contratación con particulares para hacer frente a la realización de determinados servicios y, por fin, cuando tales contrataciones se generalizan, surgen definitivamente los contratos administrativos, diferenciados de los contratos civiles, con una regulación específica propia, determinada por una doble exigencia: las peculiaridades funcionales de la Administración como organización, y las peculiaridades derivadas del interés público y de la posición dominante de la Administración.

4.2. Concepto de contrato en Código Civil

Dado que, como hemos visto en los antecedentes históricos de la contratación administrativa, el origen y esencia de los contratos administrativos está en el contrato civil o privado, no podemos obviar una referencia, aunque breve, al concepto de contrato en el Derecho civil.



Según el Artículo 1089 del Código Civil, "las obligaciones nacen de la Ley, de los contratos y de los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

Así pues, jurídicamente, las obligaciones nacen, bien por imposición de una Ley, o bien por la propia voluntad de una persona de contraer obligaciones respecto de otra, mediante un contrato.

El contrato se configura así como una de las fuentes de obligaciones jurídicas y, en este sentido, el propio Código Civil, en su Artículo 1254, lo define diciendo que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio".

Ahora bien, quizás con esta definición no quede aún perfectamente delimitado el concepto de contrato, en un sentido jurídico estricto, que permita diferenciar, nítidamente y con carácter general, un contrato de lo que sería un simple acuerdo de voluntades carente de tal naturaleza.

Teniendo en cuenta el conjunto del articulado del Código Civil al respecto, los matices que realmente definen a un acuerdo de voluntades como un contrato radican fundamentalmente en lo siguiente:

- Se ha de producir un intercambio de obligaciones recíprocas entre las partes intervinientes en el contrato.
- La autonomía de la voluntad de las partes está condicionada por una serie de normas de carácter público, tendentes a proteger tanto los derechos de los contratantes como los intereses generales de la sociedad.

En definitiva, y en un sentido amplio, podemos definir al contrato como un acuerdo entre partes del que nacen obligaciones recíprocas y para el que, dada su trascendencia social y económica, la Ley establece unas normas y unas consecuencias jurídicas.



4.3. Modalidad de contratos

Visto el concepto jurídico de contrato, resulta interesante hacer una breve referencia a los dos grandes grupos en los que se suelen englobar las distintas modalidades de contratos, en función de los sujetos que en él intervienen y de la normativa que les es de aplicación.

Por un lado, tenemos los contratos privados, que son aquellos en que las partes intervinientes persiguen intereses meramente particulares y se mantienen en situación de igualdad respecto a los derechos y obligaciones recíprocos que nacen del contrato. Tales contratos privados, están regulados, con carácter general, por el derecho civil y, con carácter especial, por el Derecho mercantil y el Derecho laboral.

Junto a los contratos privados, completan el marco jurídico contractual los llamados contratos administrativos, a los que, por intervenir como sujeto del contrato una Administración Pública e incidir determinadas circunstancias directamente relacionadas con la satisfacción de necesidades de carácter público, se les otorga una regulación específica sujeta al derecho administrativo.

Constituyen estos últimos el objeto de este estudio, y a ellos nos vamos a dedicar.

4.4. Los Contratos administrativos

La Administración, como cualquier particular, necesita contratar con terceros determinados servicios para atender a sus necesidades de funcionamiento.

Tal y como hemos visto anteriormente, cuando el creciente intervencionismo de la Administración provoca el incremento del número de necesidades a satisfacer y, con ello, la utilización generalizada de contratos con particulares para hacer frente a las mismas, surge la necesidad de modificar el contenido de los derechos y obligaciones de los contratos privados, para adaptarlos a las peculiaridades de su uso por la Administración.



Nace así la figura de los contratos administrativos, diferenciados de los contratos en función del sujeto, del objeto y de la causa del contrato, con una regulación jurídica específica, determinada fundamentalmente por una doble exigencia:

- Las peculiaridades de los procedimientos de actuación de la Administración, derivadas, entre otros motivos, de la necesidad de controlar el gasto público, así como garantizar la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos.
- Las peculiaridades derivadas de la salvaguarda del interés público a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración.

Teniendo estos criterios como referencia, interesa resaltar que cuando la Administración necesita contratar con un tercero lo hará mediante un contrato administrativo o mediante un contrato privado, dependiendo de la voluntad del legislador la determinación de las modalidades de contratos que, en un momento social determinado, adquieran la condición de administrativos, en función de la propia evolución histórica de la actividad administrativa pública.

Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado, y esta diferenciación es de una trascendencia fundamental a la hora de delimitar el régimen jurídico que resulte aplicable al negocio a celebrar o en la ejecución del contrato, así como el orden jurisdiccional competente para conocer de las controversias que surjan entre las partes. Asimismo, los contratos administrativos, atendiendo fundamentalmente a su objeto y al grado de vinculación del objeto con las potestades de la Administración contratante.

Junto a la determinación y prescripciones de los contratos administrativos y privados, una lista de negocios y contratos excluidos de su ámbito de aplicación; en este sentido, lo que preceptuando que estos negocios se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios del TRLCAP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Los contratos administrativos se debe entender los negocios jurídicos que están vinculados, de forma directa o inmediata, al giro o tráfico específico de la Administración contratante, estando la diferencia entre los contratos administrativos nominativos y especiales en el objeto del contrato, es decir, que este objeto esté o no dentro de los contratos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros, de consultoría y asistencia y de servicios.



Los contratos administrativos pueden clasificarse en tres grupos: nominativos, especiales y mixtos.

4.5. Contratos administrativos nominativos

Básicamente se clasifican en cinco a los contratos administrativos nominativos

- Contratos de obras: son los que tiene por objeto la construcción de un inmueble (edificios, carreteras, puertos, presas, ferrocarriles, etc.), la realización de trabajos que modifiquen el terreno (dragados, sondeos, prospecciones, etc.) o los destinados a reforma, reparación, conservación o demolición de inmuebles.
- Contratos de gestión de servicios públicos: Son aquellos mediante los cuales la Administración encomienda la gestión de un servicio público a personas naturales o jurídicas.
- Contratos de suministros: Aquellos que tienen por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento, con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso.
- Contratos de consultoría y asistencia: Son contratos de consultoría y asistencia aquellos que tengan por objeto:

Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control



de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

Investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico. Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

Cualesquiera otras prestaciones directa o indirectamente relacionadas con las anteriores y en las que también predominen las de carácter intelectual, en particular los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica, así como los contratos para el desarrollo de actividades de formación del personal de las Administraciones públicas.

No obstante, los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, tienen la consideración de contratos privados.

Respecto al régimen jurídico de los contratos administrativos, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado, siendo el orden jurisdiccional contencioso administrativo el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos.



4.6. Contratos administrativos especiales

Por contratos administrativos especiales debemos entender los que tienen un objeto distinto de los expresados para los contratos nominativos, pero que no obstante tienen una naturaleza administrativa especial:

- Por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante.
- Por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.
- Por declararlo así una Ley de carácter estatal.

4.7. Contratos mixtos

Cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

4.8. Contratos privados de la administración

Las modalidades vistas en los apartados anteriores constituyen el conjunto de los contratos administrativos, tanto ordinarios como especiales y mixtos.

Los demás contratos que pueda realizar la Administración, al no ser significativamente frecuentes en el funcionamiento ordinario de aquélla, ni requerir procedimientos especiales para respetar los principios básicos del funcionamiento administrativo público, y en los que no se aprecian unas especiales circunstancias que justifiquen una normativa específica para salvaguardar el interés público, se regirán por la rama del Derecho que les corresponda, como cualquier contrato hecho entre particulares, si bien la normas de procedimiento administrativo, en cuanto a la preparación y adjudicación

serán siempre de aplicación, en base a la ya comentada necesidad de control del gasto público y salvaguardar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos.



A estos contratos, celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

En cuanto a su régimen jurídico, los contratos privados de las Administraciones públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por el TRLCAP y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado. A los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorporales y valores negociables se les aplicarán, en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas.

Los contratos comprendidos referente a los contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, se adjudicarán conforme a las normas contenidas en las leyes especiales de la materia.

Finalizaremos señalando que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos privados, si bien, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación y adjudicación del contrato y, en consecuencia, podrán ser impugnados

ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con la normativa reguladora de dicha jurisdicción.



4.9. Requisitos de los contratos

Los contratos de las Administraciones públicas se ajustarán a los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por el propio TRLCAP y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación, contempla los requisitos generales aplicables a todos los contratos que celebren las Administraciones Públicas, ya sean administrativos, administrativos especiales o privados; el Artículo 11 regula los aspectos que son objeto de la denominada teoría de la separación de los actos y forman parte del momento en que la Administración está constituyendo su manifestación de voluntad contractual y, por mediación de la publicidad de esta voluntad, la licitación de la contratación; asimismo, el citado precepto también dispone como requisito la formalización del contrato.

Los cuatro principios que rigen los contratos administrativos deben de ser el de publicidad (comunicar la Administración su necesidad de contratar una obra, un servicio, etc.), el de concurrencia (facilitar la participación a todas las personas que puedan estar interesadas en la contratación), el de igualdad y no discriminación, el principios contenidos en la Constitución, engloban el carácter de toda la naturaleza de la contratación, administrativa o privada de la Administración Pública; estos principios están entrelazados, y cuyo no cumplimiento, en cuanto pueda ser considerado como vulneración de la Constitución, dará lugar a la nulidad de pleno derecho del contrato.

Es aplicable a todos los contratos que celebren las Administraciones de acuerdo con el ámbito subjetivo y objetivo, fija los requisitos, salvo excepciones, para la celebración de los mencionados contratos.



4.10. La competencia del órgano de contratación

Los órganos administrativos que gozan de potestad para poder contratar en nombre de la Administración son los órganos de contratación. En este sentido, los Ministros y los Secretarios de Estado son los órganos de contratación de la Administración General del Estado y están facultados para celebrar en su nombre los contratos, en el ámbito de su competencia.

Los representantes legales de los organismos autónomos y demás entidades públicas estatales y los Directores generales de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, son los órganos de contratación de unos y otros, pudiendo fijar los titulares de los departamentos ministeriales a que se hallen adscritos, la cuantía, a partir de la cual, será necesaria su autorización para la celebración de los contratos.

En los departamentos ministeriales en los que coexistan varios órganos de contratación, la competencia para celebrar los contratos de suministro y de consultoría y asistencia y de servicios que afectan al ámbito de más de un órgano de contratación, corresponderá al Ministro, salvo en los casos en que la competencia se atribuya a la Junta de Contratación y sin perjuicio para la contratación de bienes y servicios declarados de uniformidad obligatoria para su utilización específica por los servicios de un determinado departamento ministerial.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, podrán constituirse Juntas de Contratación en los departamentos ministeriales y sus organismos autónomos y entidades de derecho público, así como en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, que actuarán como órganos de contratación, con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del departamento en los siguientes contratos.



En los contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios, distintos de los atribuidos a la competencia de la Junta con arreglo a las dos letras anteriores que afecten a más de un órgano de contratación.

Las Juntas de Contratación tendrán la composición que reglamentariamente se determine debiendo figurar necesariamente entre sus vocales un funcionario, de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación, y un interventor.

Excepcionalmente, cuando el contrato resulte de interés para varios departamentos ministeriales y, por razones de economía y eficacia la tramitación del expediente deba efectuarse por un único órgano de contratación, los demás departamentos interesados podrán contribuir a su financiación, en los términos en que se determine reglamentariamente y con respeto a la normativa presupuestaria, mediante convenios o protocolos de actuación.

Por último, indicar que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados, en los términos previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4.11. La capacidad del contratista adjudicatario

Toda persona, natural o jurídica, española o extranjera, interesada en la contratación administrativa podrá participar en las licitaciones contractuales siempre que tenga plena capacidad de obrar, acredite, en la forma establecida por la Ley de Compras y Contrataciones del Estado, su solvencia económica y técnica no esté en ninguna de las causas de prohibición previstas en la ley.



A) La determinación del objeto del contrato: El objeto de los contratos deberá ser determinado y su necesidad para los fines del servicio público correspondiente se justificará en el expediente de contratación.

B) La fijación del precio: Los contratos tendrán siempre un precio cierto, que se expresará en moneda nacional, se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada y de acuerdo con lo convenido. Cuando las condiciones establecidas en el contrato impliquen pagos en moneda extranjera habrá de expresarse, además del precio total en moneda nacional, el importe máximo de aquélla y la clase de divisas de que se trate.

En todo caso los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea el adecuado al mercado.

La Ley de Compras y Contrataciones del Estado, prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos que una Ley lo autorice expresamente.

La financiación de los contratos por la Administración se ajustará al ritmo requerido en la ejecución de la prestación, debiendo adoptarse a este fin por el órgano de contratación las medidas que sean necesarias al tiempo de la programación de las anualidades y durante el periodo de ejecución. Sin embargo, esto no será de aplicación en los contratos cuyo pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, en cuyo caso el límite máximo para su pago será de cuatro años a partir de la adjudicación del contrato, salvo que se acuerde otro límite mayor cuando así sea autorizado por el Consejo de Ministros.

La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración



Si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración, previamente deberá constar la existencia de crédito suficiente y adecuado para la prestación del contrato, pues en caso contrario la actuación administrativa será causa de nulidad de pleno derecho. Como excepciones al mencionado certificado es oportuno indicar la tramitación anticipada de la contratación (art. 69.4) y los expedientes de emergencia.

La tramitación de expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto

Toda actuación de la Administración requiere la apertura de un expediente administrativo, entendiéndose por tal un conjunto de actos (documentos) a través de los cuales el órgano de contratación elabora y especifica su voluntad de contratar. Entre los documentos que forman parte del expediente están los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

Respecto al presupuesto del contrato, en ocasiones la Administración puede no haberlo establecido previamente, en cuyo caso corresponderá la presentación del mismo a los licitadores.

La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas.

Corresponde al informe fiscalizador de la Intervención, y tiene como objeto comprobar el cumplimiento de los trámites y requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico mediante el examen de los documentos e informes que integran el expediente.

La aprobación del gasto por el órgano competente para ello. Le corresponde al órgano de contratación la aprobación del gasto del contrato; en el supuesto de contratos con

gastos plurianuales, también le corresponde a éste órgano la aprobación de los contratos, previa autorización del Consejo de Ministros en los supuestos que contempla.



4.12. La formalización del contrato

Los contratos administrativos se formalizarán en documento administrativo dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiendo, no obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento.

Cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista, el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pueda ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato.

Destacar, para finalizar con los requisitos de los contratos administrativos, que no se podrá iniciar la ejecución del contrato sin la previa formalización, excepto en los casos previstos en los la ley.

CAPÍTULO V



5. Perfección y formalización de los contratos

5.1. Perfección de los contratos

Los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados.

Por tanto, la perfección de los contratos se produce mediante la adjudicación, que culmina el proceso de selección del contratista.

Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

5.2. Formalización de los contratos

Como se ha visto en el apartado anterior, los contratos se perfeccionan con la adjudicación, por lo que a partir de la misma, las partes quedan obligadas a su cumplimiento. Sin embargo, se exige la formalización de los contratos, requisito al que no se le atribuye una eficacia constitutiva; considera que la formalización es un requisito necesario para la celebración de los contratos, pero el contrato existe desde su perfección. Se puede indicar, que la formalización del contrato en escritura pública es un acto formal, pero no constitutivo de la relación jurídica.

En cuanto a los medios de formalización del contrato, de la administración se formalizarán en documento administrativo dentro del plazo que indica la ley, a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiendo, no

obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo los gastos derivados de su otorgamiento.



Por lo que respecta a la no formalización del contrato, esta tiene importantes consecuencias según quien sea el incumplidor, el contratista o la Administración. Así, cuando por causas imputables al contratista no pudiese formalizarse el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la resolución del mismo, siendo trámite necesario la audiencia del interesado y cuando se formule oposición por el contratista, en tal supuesto procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pueda ocasionar, con independencia de que pueda solicitar la resolución del contrato.

5.3. Contratación verbal

La Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia.

Los contratos administrativos han de formalizarse necesariamente en documento público, ya sea administrativo, ya sea notarial, lo que supone que tampoco su anulación, rescisión, revocación o extinción puede tener lugar en forma oral.

5.4. Contratos menores

En los contratos menores, que se definen exclusivamente por su cuantía, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran.



Estos contratos no podrán tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.

Debido a su fácil tramitación, la figura de los contratos menores ha sido generalizadamente utilizada por las Administraciones Públicas, en especial por las Entidades Locales. En los contratos menores no es necesario acceder a la constitución de la mesa de contratación ni tramitar el procedimiento de adjudicación.

Respecto al requisito de que estos contratos menores no puedan tener una duración superior a un año, ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios, decir que esta novedad, introducida por la Ley 53/1999, tiene como objetivo incrementar la concurrencia y la transparencia en la contratación pública.

5.5. Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos

La subasta, el concurso y la contratación directa han sido las formas tradicionales de adjudicación en España. Con la adaptación a las Directivas comunitarias se ha formulado una nueva sistemática para acomodarse a este común denominador necesario para que las normas sobre la selección de los contratistas sean, en los aspectos básicos, uniformes en el ámbito de la U.E. Para España la adecuación a estos aspectos no ha sido difícil y el resultado, ha sido que tanto en el procedimiento abierto como en el restringido se puede escoger la subasta y el concurso, que se presentan como formas de adjudicación y que la expresión contratación directa, pasando a denominarse procedimiento negociado.

La selección del contratista por la Administración se centra, en fórmulas de licitación pública a través de las cuales se pretende como doble objetivo el garantizar la libertad de concurrencia y la igualdad de los licitadores.

Estas fórmulas de licitación tienen en común la publicidad de la contratación sí como el secreto de las proposiciones. Todas ellas comprenden, por tanto, y salvo excepciones:



- convocatoria pública.
- un plazo para que los licitadores presentes sus proposiciones y demás documentos preceptivos.
- un acto solemne y público de apertura de las plicas presentadas por los licitadores.

5.6. Procedimientos de adjudicación

De acuerdo con la adjudicación de los contratos podrá llevarse a cabo por procedimiento abierto, restringido o negociado.

En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición.

En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos.

En el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios.

5.7. Formas de adjudicación

Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido la adjudicación podrá efectuarse por dos formas: por subasta o por concurso.

La subasta versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquel, oferte el precio más bajo.

En el concurso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido



en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto.

Los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación. El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados.

En todo caso, deberá justificarse en el expediente la elección del procedimiento y forma utilizados.

5.8. Ejecución, modificación y suspensión de los contratos

1. Ejecución del contrato

La principal obligación del contratista en los contratos administrativos es la prestación del objeto del contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo. Ahora bien, si se han establecido en las cláusulas contractuales plazos parciales para la ejecución sucesiva del contrato, el contratista también deberá cumplirlos.

La regulación de la demora en la ejecución o incumplimiento del objeto del contrato, así como la facultad de la Administración para resolver los contratos por demora o para prorrogarlos, la tenemos en los arts. 95 y 96 TRLCAP, siendo ésta la siguiente:

- La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.
- Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,12 por cada 601,01 euros del precio del contrato.
- El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas



administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

- Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 % del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquellos haga presumir razonablemente la imposibilidad del cumplimiento del plazo total.

- Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

- En los supuestos a que se refieren los párrafos anteriores, si la Administración optase por la resolución, ésta deberá acordarse por el órgano de contratación sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva.

- Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo



perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

De acuerdo con la regulación, los daños causados a terceros por el contratista deben ser indemnizados por éste, salvo cuando el daño hubiera sido causado como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración o de vicios del proyecto. La existencia o no de esta circunstancia no la conoce el tercero dañado por lo que se le planteaba la cuestión de ante quién debía recurrir: si contra la Administración, en cuyo caso conocería de la reclamación la jurisdicción contencioso administrativa, o contra el contratista, en cuyo caso conocerían los Tribunales civiles.

El tercero dañado, con interrupción del plazo de prescripción, acuda al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a quién corresponde la responsabilidad de los daños.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la obligación del contratista en los contratos administrativos es una obligación de resultado, entendida ésta como contrapuesta a la configuración de actividad o medial y, por tanto, los riesgos derivados de la ejecución del contrato deben recaer directamente sobre el contratista, quedando liberada la Administración. Como ha declarado reiteradamente el TS (vid. SSTs 20-1-1984 y 29-9-1986), el contratista sume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor, e incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, surgiendo, por tanto, el viejo principio en materia de contratación con el Estado de *pacta sunt servanda*, sin que el contratista pueda, por regla general, apartarse de la Ley del contrato. En definitiva, que los contratos administrativos se ejecutan con arreglo al principio de riesgo y ventura del contratista.

Ahora bien, el principio de riesgo y ventura no significa que el contratista haya de asumir las alteraciones en el precio debidas al ejercicio del *ius variandi* por la Administración, pues tales alteraciones, han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas.



Por lo que respecta al pago del precio pactado, esta es la principal obligación que debe cumplir la Administración frente al contratista en los contratos que celebró. Sin embargo, la práctica ha demostrado que son frecuentes los retrasos de las Administraciones a la hora de hacer frente al pago de sus obligaciones, razón por la cual es necesaria una norma con el objeto de satisfacer las reivindicaciones de los contratistas.

Los principales aspectos de la regulación del pago del precio son los siguientes:

- El pago del precio podrá hacerse de manera total o parcialmente mediante abonos a cuenta.
- El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato.
- La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, y, si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas.
- Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia.
- Si la demora de la Administración fuese superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.



Para terminar con el análisis de la ejecución de los contratos administrativos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 100 TRLCAP, los créditos que los contratistas tengan frente a la Administración podrán ser cedidos a terceros, es decir, se admite la transmisión de los derechos de cobro.

Las cesiones de cobro tienen naturaleza civil, pero para que tengan plena efectividad ante la Administración será necesaria la comunicación fehaciente a ésta.

La doctrina se ha planteado la cuestión de si una vez transferido a un tercero el derecho de cobro, con conocimiento de la Administración, este derecho a entrado en el patrimonio de dicho tercero, quedando a salvo de las acciones administrativas ante posibles daños y perjuicios exigibles al contratista.

5.9. Modificación de los contratos

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato (*contractus lex inter partes*).

La regulación de esta materia, al objeto de limitar las modificaciones de los contratos prevé que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

5.10. Suspensión de los contratos

La suspensión puede ser acordada, de oficio, por la administración contratante o a solicitud del contratista, en el caso de que hubiere demora en los pagos parciales del



precio por más de cuatro meses, siempre que el contratista comunicó esta circunstancia a la Administración con un mes de antelación.

En el caso de que se suspenda el contrato se levantará Acta de las circunstancias que la han motivado y de la situación de hecho en su ejecución. Acordada la suspensión, la Administración deberá abonar al contratista los daños y perjuicios sufridos por éste.

5.11. Revisión de precios en los contratos administrativos

La posibilidad de revisión de precios en los contratos, constituye una excepción al principio de riesgo y ventura.

La revisión de precios no es externa al contrato, sino que forma parte de su contenido, de forma que los Pliegos de cláusulas particulares habrán de contener la fórmula polinómica correspondiente, debiendo justificar, en otro caso, su improcedencia; la revisión de precios constituye una técnica para el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato.

Existen dos límites para la revisión de precios: uno temporal (transcurso de un año desde su adjudicación) y otro cuantitativo (que se haya ejecutado el 20 % de su importe). Superados estos dos límites, el contratista podrá solicitar la revisión de precios con arreglo a la fórmula que habrá de incluir necesariamente el Pliego de cláusulas.

Las fórmulas de la revisión de precios deberán ser elaboradas por el órgano de contratación, salvo en los supuestos de los contratos de obras y en los de contratos de suministros de fabricación, en los que las fórmulas tipo de revisión habrán de ser elaboradas por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación.



5.12. Extinción de los contratos

Los contratos administrativos se extinguen por cumplimiento o por resolución.

a) Cumplimiento de los contratos

El cumplimiento supone la realización del contrato por el contratista a satisfacción de la Administración, el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de su objeto.

En todo caso su constatación exige por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción dentro del mes siguiente de haberse producido la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los contratos se fijan con un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, quedará extinguida la responsabilidad del contratista. Quedan exceptuados del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario, si bien tal circunstancia deberá consignarse expresamente en el pliego.

Indicar, por último, que, excepto en los contratos de obras, dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante. Si se produjere demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, a partir de los dos meses siguientes a la liquidación.



b) Resolución de los contratos

Como expuso el Consejo de Estado en su Dictamen No. 740, de 25 de mayo de 1995, la resolución supone la extinción del vínculo contractual por cualquier causa distinta de su conclusión y cumplimiento. Presupone, pues, la aparición de alguna circunstancia en la vida del contrato que impida o haga inconveniente su prosecución hasta su extinción normal.

En relación con la resolución de los contratos administrativos, la jurisprudencia mantiene la aplicabilidad de los principios contenidos en el Código Civil, por lo que la facultad de resolver se entiende implícita a favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones, si bien para que la acción de resolución proceda es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con las obligaciones que le incumben.

Las causas de resolución del contrato pueden ser generales y específicas. Estas últimas son las fijadas en las normas especiales del TRLCAP para cada tipo de contrato o en el Pliego y contratos respectivos.

Las causas generales pueden clasificarse del siguiente modo:

Causas subjetivas: muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista; y la declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento, o el acuerdo de quita y espera.

Mutuo acuerdo entre Administración y contratista.

Causas objetivas de incumplimiento: (falta de prestación de las garantías contractuales; incumplimiento de los plazos por parte del contratista; falta de pago por la Administración en el plazo de 8 meses; incumplimiento de obligaciones esenciales).

El procedimiento de resolución del contrato puede adoptarse de oficio y, si tuviera por causa el incumplimiento de la Administración, a instancia del contratista.



Por lo que respecta a los efectos que tiene la resolución, varían según la causa de la misma:

Por falta de formalización del contrato por causas imputables al contratista: procederá la incautación de la fianza provisional y la indemnización de los daños y perjuicios causados a la Administración. Se exigirá seguir un procedimiento con audiencia del contratista y el informe previo del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma.

Mutuo acuerdo: sólo procederá esta causa por razones de interés público, que, lógicamente, deberán ser explicitadas en el procedimiento. las partes atenderán a lo que hubieren convenido válidamente.

Incumplimiento de la Administración: Los incumplimientos de la Administración darán lugar a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al contratista.

Incumplimiento del contratista distinto del a): Los efectos serán la pérdida de la fianza definitiva y la indemnización de los daños y perjuicios.

En el caso de que no procediese la pérdida de la garantía definitiva se acordará su devolución al contratista.

5.13. Cesión de los contratos y subcontratación

Tanto la cesión del contrato como la subcontratación son dos institutos que permiten la intervención de terceros en el contrato administrativo. Veamos, separadamente, cuales son los principales aspectos de cada uno.

a) Cesión de los contratos:

A través de la cesión del contrato se produce una novación subjetiva de una de las originarias partes del contrato, de tal forma que el cesionario se limita a sustituir al cedente, asumiendo los derechos y obligaciones ya establecidos.



No puede operar esta institución cuando se trata de obligaciones personalísimas. En otro caso, es presupuesto indispensable que se cuente con la autorización previa del órgano de contratación. No en vano la cesión del contrato supone que el cesionario se subroga en todos los derechos y las obligaciones del cedente, de forma que éste desaparece de la relación contractual y es sustituido por el cesionario que se convierte en contratista.

Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.
Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

Subcontratación

A diferencia de lo que ocurre con la cesión del contrato, el subcontrato da lugar a un nuevo contrato distinto del celebrado entre la Administración y el contratista, sin que la nueva relación establecida entre el contratista y el subcontratista afecte a las condiciones del contrato originario.

La celebración de los subcontratos estará sometida al cumplimiento de los siguientes requisitos:

Que se dé conocimiento por escrito a la Administración del subcontrato a celebrar, con indicación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista.



No obstante, para los contratos de carácter secreto o reservado, o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales, de acuerdo con las disposiciones legales o reglamentarias, o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación.

Que las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no excedan del porcentaje que, superior al 50 % del importe de adjudicación, se fije en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En el supuesto de que tal previsión no figure en el pliego, el contratista podrá subcontratar hasta un porcentaje que no exceda del indicado 50 % del importe de adjudicación.

Que el contratista se obligue a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos en el art. 99.4 para las relaciones entre Administración y contratista.

Indicar, finalmente, que los subcontratistas quedaran obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.



CAPÍTULO VI



6. La transgresión al derecho de igualdad del renglón 022 en relación a los demás renglones presupuestarios contemplados en la clasificación presupuestaria del sector público

6.1. La 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."⁶⁹

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"⁷⁰

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".⁷¹

"La existencia de una relación de subordinación en la ejecución del trabajo, es

⁶⁹ Artículo 19 del Código de Trabajo

⁷⁰ Fernández Molina, Luis. Pág 94

⁷¹ Artículo 19 del Código de Trabajo



suficiente para determinar la existencia de la relación laboral y esta la de contrato de trabajo”⁷².

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

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.

6.2. La relación de trabajo como garantía constitucional

La aseveración principal en la presente investigación consiste en que, la parte empleadora de los contratos llamados de 022, es decir de servicios a plazo fijo o determinado, representada por el Estado de Guatemala, debe considerar la relación funcional que le une con el trabajador que presta servicio de una naturaleza supuestamente distinta de la laboral, en otras palabras distinta de la de trabajo.

No obstante, si la relación cumple con todos los requisitos de una relación de trabajo, que como se vio entre otros pueden ser, la de la continuidad en la prestación del servicio, la subordinación, el lugar constante en el cual se presta el servicio etc., debe entonces dejar de considerarse como una relación o de un contrato civil, no importando el contrato que le haya dado origen y pasar a ser considerada como una relación de trabajo efectiva, con todas las consecuencias legales que ello signifique.

⁷² Artículo 19 del Código de Trabajo



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 trabajadores supuestamente contratados a plazo fijo y el Estado de Guatemala sería, el planteamiento de un amparo como medida para restituir el derecho constitucional violentado 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 trabajador efectivamente trabaja por un tiempo determinado y por necesidad institucional, 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, pues en todo caso se estaría vulnerando el derecho de igualdad, respecto de aquellos trabajadores bajo el renglón denominado 011.

Si bien es cierto existe para su uso, el contrato de naturaleza civil, por lo cual no produce prestaciones laborales, es decir, obligaciones económicas para el patrono, distintas a las de un pago mensual

si existe una gran cantidad de casos en los cuales a pesar de ser pagados por el Estado de Guatemala, en el reglón presupuestario 022, propio de los contratos civiles a plazo fijo, 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,



cumpliendo con el elemento de prestación continua del servicio, u obra con carácter definitiva 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.

6.3. Necesidad de establecer una nueva concepción en las contrataciones estatales

Comúnmente en la prestación del servicio, al establecerse la relación que el Derecho del trabajo denomina relación laboral, es usual que la parte patronal recurra a elementos de diferente índole para revestir dicha relación de otra naturaleza con el objeto de omitir así la responsabilidad en el pago de prestaciones.

En este sentido, cuenta sobre manera el hecho de concepción que suele dársele a los contratos.

El contrato denominado como 022, debido a su ubicación en la ley, constituye una forma común de llevar a cabo la relación laboral en muchas ocasiones, usualmente por parte del Estado de Guatemala.

El problema de este tipo de contrato es que siendo un contrato atípico, permite bajo ese argumento no causar las prestaciones laborales que en otro sentido el trabajador si tendría, vulnerando el derecho de igualdad.

Era necesario llevar a cabo una investigación, con la cual se pudiera establecer las violaciones al principio de igualdad que constituye uno de los pilares de nuestro derecho constitucional y por ende el Derecho del Trabajo, con ocasión de la relación que se concreta por medio del reglón 022 de la Ley.

La principal aseveración de esta investigación la constituye el hecho de que equivocadamente se ve al contrato 022 como un contrato atípico, cuando debiera tomarse como uno específicamente de trabajo, y de ninguna otra naturaleza.



Es usual que el Estado de Guatemala, como parte patronal recurra a elementos de diferente índole para revestir dicha relación de otra naturaleza con el objeto de evitar así la responsabilidad en el pago de prestaciones.

En este sentido, cuenta sobre manera el hecho de concepción que suele dársele a los contratos. El contrato denominado como 022, debido a su ubicación en la ley, constituye una forma común de llevar a cabo la relación laboral en muchas ocasiones, usualmente por parte del Estado de Guatemala.

El problema de este tipo de contratos, relacionado en la conclusión anterior, es que siendo un contrato atípico, permite bajo ese argumento no causar las prestaciones laborales que en otro sentido el trabajador si tendría, provocando la vulneración al principio de igualdad, constitucionalmente reconocido, en desmedro de un gran grupo de trabajadores.

Equivocadamente el Estado de Guatemala, ve al contrato 022 como un contrato atípico, cuando debiera tomarse como uno específicamente de trabajo, y de ninguna otra naturaleza.

Es necesario que el Estado de Guatemala establezca las posibles violaciones a las garantías mínimas que constituye el Derecho del Trabajo, con ocasión de la relación que se concreta por medio del reglón 022, surgido de las normas jurídicas de, Ley del Servicio Civil.

Se debe tomar en cuenta entonces que el Estado de Guatemala regule en ley lo que debe entenderse por relación laboral, en virtud de las formas que adopta en la legislación laboral guatemalteca y en el plano de la realidad práctica.

Es impostergable la necesidad de que los contratos del Estado de Guatemala, sea cual sea la partida presupuestaria que les de origen, sea considerados como una relación laboral con todas las garantías mínimas y prestaciones laborales devinientes de una



relación laboral normal.

6.4. Jurisprudencia asentada por la Honorable Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad ha considerado en varias sentencias, la vulneración al principio de igualdad y a las garantías propias del Derecho de Trabajo, que lleva consigo el contrato 022, por cuanto constituye simulación de contratos civiles.

En ese sentido es oportuno analizar los expedientes 857-2007, 1112-2007 y 1545-2007, lo cual se realiza a continuación:

Ratio Decidendi:

Los principios generales del derecho del trabajo son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases sobre las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico-laboral. Su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, tanto al iniciarse el vínculo laboral, como durante su desarrollo y al momento de su extinción. Sirven también como una especie de filtro para la aplicación de normas ajenas al derecho del trabajo.

Entre los principios mencionados, en el derecho guatemalteco se encuentra el de realidad o primacía de la realidad como se conoce en otros países, el cual se encuentra reconocido en el inciso d), del cuarto considerando del Código de Trabajo. En aplicación de este principio, el juez debe desentrañar las verdaderas características de la relación que unió a las partes, por sobre los aspectos formales de la misma. Sigue con la nulidad de los convenios que se otorguen al iniciar la relación de trabajo, en perjuicio, disminución o tergiversación de las garantías mínimas de los trabajadores, conforme la Constitución y la ley.

También se podría denunciar la existencia de fraude, porque se actúa en fraudulenta cuando, ajustando el comportamiento a las disposiciones legales, se busca evadir el fin previsto por ellas; en el caso que nos ocupa, por medio de la firma de contratos de

plazo fijo se pretendió soslayar la continuidad existente en la relación laboral



Que entre el inicio del contrato de trabajo en un año y la extinción del mismo posteriormente, no interrumpe la continuidad de aquél porque la naturaleza de la prestación obliga a que la relación fuese de tracto sucesivo, característica esencial en un contrato de trabajo; en consecuencia, cuando el amparista celebró con el trabajador un contrato de plazo fijo, con la intención de interrumpir la continuidad en la prestación, vulneró la ley, y la sanción para esa actuación ilegal es la nulidad de lo actuado y por ello deben sustituirse los actos simulados o fraudulentos por las normas desplazadas, que para el caso concreto son las que están contenidas en el Código de Trabajo.



CONCLUSIONES



1. El derecho del trabajo es el conjunto de principios, doctrinas, instituciones y normas jurídicas que estudian y regulan las relaciones entre patronos y trabajadores surgidas de las relaciones entre patronos y trabajadores surgidas de la relación laboral entre ambos, así como la solución de los conflictos derivados de estas relaciones.
2. El salario es la retribución directa e inmediata que recibe el trabajador en virtud del contrato o de la relación de trabajo a cambio del resultado de su labor en beneficio de un patrono. Consiste generalmente en una suma fija, no subordinada a las utilidades o pérdidas de la empresa.
3. El contrato laboral de trabajo puede celebrarse por escrito o de forma oral, entendiéndose que habrá contrato de trabajo cuando exista un acuerdo entre trabajador y empresario por el que se presten unos servicios bajo la dirección y organización de éste a cambio de una retribución económica. Si no se celebran por escrito, se entenderán celebrados por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo que se acredite que fueron celebrados con carácter temporal o a tiempo parcial.
4. El contrato individual de trabajo se diferencia especialmente del contrato civil porque contiene además de los elementos comunes del contrato los especiales de subordinación, ausencia de riesgo, estabilidad, profesionalidad, por la limitación de la autonomía de la voluntad, al intervenir el Estado, para tratar de compensar la desigualdad existente entre ambas partes contratantes, y también por el nombre que se le da a la retribución económica pactada (salario y honorarios en el contrato civil).



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

RECOMENDACIONES



1. Es preciso que a través de las autoridades correspondientes se incrementen nuevas reglas para la correcta vigencia de los derechos del trabajador, sobre todo en cuanto a los contratos de trabajo.
2. Es necesario que el Ministerio de Trabajo aplique la legislación con mayor número y mayor severidad las sanciones a los patronos que queriendo retorcer el cumplimiento y aplicación del espíritu real de las normas, reglamentos, leyes y circulares del derecho del trabajo, ofrecen contratos a plazo fijo que violan los derechos del trabajador.
3. Es necesario que el Congreso de la República de Guatemala, incremente leyes más drásticas, para prevenir la simulación en los contrato de trabajo, sobre todo en cuanto a los trabajadores de organizaciones no lucrativas, y entidades que pese a su servicio netamente social, a plazo fijo, para evitar el pago del pasivo laboral.
4. Es necesario que el Organismo Judicial cobre conciencia en los juzgados de trabajo, en el sentido de que se analicen a fondo y con sentido social las demandas que presentan trabajadores para el pago de sus prestaciones laborales, aún cuando exista un documento o contrato que lo pretenda desnaturalizar del contrato de trabajo.
5. La simulación como fenómeno jurídico, que se produce con la legislación laboral de nuestro país debe ser tratada, como una figura propia de esta rama del derecho, con sus regulaciones específicas y sanciones especiales.
6. El Estado por medio del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, debe acudir a los tribunales laborales a efecto de denunciar como falta laboral la simulación, en el entendido de que dicha acción, solamente tendría por objeto sancionar al violador de la ley, quedando sujeto a la libre voluntad de los trabajadores, el reclamo de sus intereses económicos particulares.



7. Es necesaria y de mucha importancia, la capacitación permanente de los trabajadores, actividad que el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, puede ejercer a través de la Inspección de Trabajo, no sólo en cuanto a los problemas que se derivan de la simulación, sino a muchos otros aspectos que él ignora y que de alguna manera tiene incidencia en su relación laboral, lo cual será la causa de una serie de problemas económicos que afectan su vida familiar.

8. Que las autoridades encargadas de fiscalizar las contrataciones de las Entidades del Estado de Guatemala, como Ministerio de Finanzas Públicas, Contraloría de de Cuentas, la Dirección Técnica del Presupuesto y la Oficina Nacional de Servicio Civil, lleven un mejor control y registro de las contrataciones, tanto administrativas, como civiles, sean realmente justas y equitativas en los pagos u honorarios a cancelar a los contratistas, es más le correspondería a la Oficina Nacional de Servicio Civil, desempeñar su papel como Rectora de la Administración Pública.

BIBLIOGRAFÍA



- ALONSO GARCÍA, Manuel. **Curso de derecho de trabajo**. 2da ed. Barcelona, España: Ed. Ediciones Ariel, 1989.
- CABANELLAS, Guillermo. **Contrato de trabajo, parte general**. Vol. 2 6ta ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Omega, 1963.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. 3ra ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1988.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Vigésima ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1995.
- CABANELLAS, Guillermo. **Tratado de derecho del trabajo**. 6ta ed. Buenos Aires Argentina: Ed. Heliasta, 1964.
- CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho civil, común y foral**. Vol. 3 11ª. Ed. Madrid, España: Ed. Reus S.A. 1974.
- DE BUEN NÉSTOR L. **Derecho procesal del trabajo**. 2da ed. Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, 1978.
- DE LA CUEVA, Mario. **Lineamientos del derecho del trabajo**. 4ta ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Omega, 1988.
- DE LA CUEVA, Mario. **Nuevo derecho mexicano del trabajo**. Tomo I; Décima ed. Actualizada por urbano Farias, Distrito Federal, México: Ed. Porrúa, S.A. 1985.
- DE LITALA, LUIGI. **Los contratos especiales de trabajo**. 7ma ed. Buenos Aires Argentina: Ed. Ateneo, 1992.
- Diccionario de la Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Vigésima sexta ed. Madrid, España: Ed. Espasa-Calpe, 2005.
- ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Derecho civil español**. Vol. III, 2da. ed. Revisada y ampliada, Madrid, España: Ed. Revista de derecho privado, 1981.
- FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. 2da ed. ciudad de Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios, 1996.
- FRANCO LÓPEZ, César. **Derecho colectivo sustantivo del trabajo**. Ciudad de Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil fénix 2004.
- GALIN, Pedro. **El Origen del Salario**. 2da ed. Caracas, Venezuela: Ed. Ildis, 1990.



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

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

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

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

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

Ministerio de Trabajo y Previsión Social de la República de Guatemala. Revista del trabajo, Guatemala, 2006.

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

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

NAJARRO PONCE, Oscar. **La interpretación y la integración de la ley en el Derecho del trabajo.** Revista No 3 de la facultad de ciencias jurídicas y sociales, Universidad San Carlos de Guatemala, Ciudad Universitaria, 1979.

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

PÉREZ PAYA. **El contrato del futbolista y el derecho de trabajo.** (s.e.), Revista de trabajo, (s.l.i.), febrero, 1995.

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

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



Legislación:

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

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

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

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

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

Convenio 100 Sobre Igualdad de Remuneración. Ginebra Suiza 1951.

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

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

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

Ley de Servicio Civil y su Reglamento. Decreto 1748 del Congreso de la República y acuerdo Gubernativo 18-98.