

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure of a seated man, likely a saint or scholar, holding a book. Above him is a crown. To the left and right are other symbols, including a lion and a column. The Latin text "SACRAE THEOLOGICAE UNIVERSITATIS CAROLINAE" is inscribed around the perimeter of the seal.

**EL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, UTILIZADO PARA
VIOLAR LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES**

JULIO MARTÍN PAREDES

GUATEMALA, FEBRERO 2012

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

**EL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, UTILIZADO PARA
VIOLAR LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES**

TESIS

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

Por

JULIO MARTÍN PAREDES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, febrero 2012

**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. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Galvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Jaime González Dávila
Vocal:	Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo
Secretario:	Lic. Nicolás Cuxil Güitz

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. José Efraín Ramírez Higueros
Vocal:	Lic. Rafael Otilio Ruíz Castellanos
Secretario:	Lic. Marco Tulio Pacheco Galicia

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 Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

LIC. EDDY AUGUSTO AGUILAR MUÑOZ
ABOGADO Y NOTARIO
11 CALLE 4-52 ZONA 1 EDIFICIO ASTURIAS
OFICINA No 4, Teléfono 22323916 CIUDAD DE GUATEMALA.



Guatemala, 18 de mayo de 2011

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Coordinador Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado Castro:

En cumplimiento de la resolución de ese decanato de fecha 18 de mayo de 2010, y en base a lo que para el efecto preceptúa el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, procedí a asesorar el trabajo de Tesis del Bachiller JULIO MARTÍN PAREDES (único apellido) número de carné 8611018 intitulado:

“EL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, UTILIZADO COMO MEDIO PARA VIOLAR LOS DERECHOS MÍNIMOS DE LOS TRABAJADORES QUE LABORAN BAJO EL RENGLÓN 031 EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE CAMINOS DE LA CIUDAD DE GUATEMALA, SEDE CENTRAL”.

Para el efecto procedí de la forma siguiente:

1. Evalué que mi asesorado efectuara una investigación seria y conciente, sobre un tema importante que constituye una problemática social, legal y actual, apegándose a la realidad.
2. Verifiqué que en su investigación tomara en cuenta todo lo relativo a los principios del derecho laboral, definiciones básicas, protección del trabajador y del salario, formas de fraude y contratación, aspectos legales de nuestro ordenamiento jurídico actual y los convenios sobre materia laboral de la Oficina Internacional del Trabajo OIT.
3. Después de una asesoría consciente y atendiendo a motivos de congruencia entre el contenido de la tesis y su título, el mismo fue modificado por el suscrito, quedando de la siguiente manera: **“EL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, UTILIZADO PARA VIOLAR LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES”.**



4. Comprobé que mi asesorado alcanzó de manera satisfactoria los resultados previstos en su plan de investigación, lo cual se demuestra con un trabajo investigativo de contenido claro, científico y técnico; derivado de la utilización de métodos analíticos, deductivos e inductivos, sustentado en técnicas bibliográficas y científicas.
5. Finalmente revisé la redacción del trabajo la cual considero adecuada y representa un valioso aporte científico al estudio de una problemática actual.

Por los motivos expuestos y luego de un análisis profesional e imparcial del trabajo de investigación realizado por mi asesorado, cuyo resultado es la estudio, análisis y posibles soluciones a un problema de naturaleza social y por ende jurídica; habiendo aportado conclusiones y recomendaciones no solo posibles sino necesarias y aplicables a dicha problemática; considero que el trabajo de tesis elaborado por el sustentante llena todos los presupuestos establecidos en el reglamento de mérito, motivo por el cual emito dictamen FAVORABLE, a efecto de que se continúe con el trámite respectivo.

Sin otro particular me suscribo de usted.

Atentamente,

Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz

Asesor

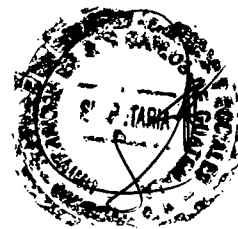
Colegiado No. 6410

Teléfono: 22323916

Lic. Eddy Augusto Aguilar Muñoz

ABOGADO Y NOTARIO

Copia: archivo



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, treinta y uno de mayo de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) OTTO RENÉ ARENAS HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JULIO MARTÍN PAREDES, Intitulado: "EL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, UTILIZADO PARA VIOLAR LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES."

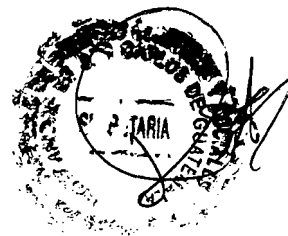
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración 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



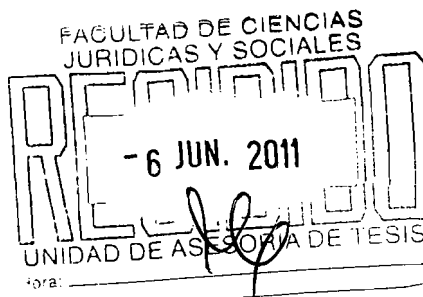
cc.Unidad de Tesis
CMCM/Cpt

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNÁNDEZ
BUFETE POPULAR
9ª. AVENIDA 13-39 ZONA 1, CIUDAD DE GUATEMALA
TEL. 22384102



Guatemala, 6 de junio de 2011.

Lic. Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho



Licenciado Castro:

En cumplimiento a la resolución emitida por ese decanato de fecha treinta y uno de mayo de dos mil once, procedí a REVISAR el trabajo de tesis presentado por el Bachiller: JULIO MARTÍN PAREDES (único apellido) intitulado; "EL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, UTILIZADO PARA VIOLAR LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES".

En el proceso de revisión determiné que el estudiante cumplió con lo establecido en el Artículo 32 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual preceptúa: "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 pertinentes".

En base a lo anterior me permito informar lo siguiente:

- ✓ Que el tema objeto de estudio por parte del sustentante se adecuó a las normas reglamentarias exigidas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, ya que fueron atendidas las observaciones pertinentes.
- ✓ Que luego del análisis, estudio de fondo y de forma y revisión del contenido científico y técnico de la tesis pude comprobar que:
 - a) La metodología y técnicas de investigación utilizadas son las propuestas en el Plan de Investigación.
 - b) Su redacción es correcta y con el correspondiente léxico jurídico.



- c) Representa una contribución científica para la resolución de un problema actual.
- d) Las conclusiones son el resultado de un análisis e investigación consciente.
- e) Las recomendaciones se pueden atender de forma mediata e inmediata.
- f) La bibliografía consultada y utilizada para desarrollo del tema es la adecuada.

Por lo cual me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE en relación al trabajo concluido, pues los objetivos generales y específicos propuestos por el sustentante al desarrollar el trabajo de investigación fueron alcanzados, en tal virtud considero que puede ser materia de discusión para el examen correspondiente del autor.

Sin otro particular, me suscribo de usted.

Atentamente,



Lic. Otto René Arenas Hernández

Revisor

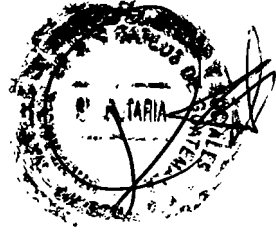
Colegiado No. 3,805

LIC. OTTO RENE ARENAS HERNANDEZ
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, siete de octubre del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JULIO MARTÍN PAREDES, Titulado EL CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES, UTILIZADO PARA VIOLAR LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

11.10.

CMCM/sllh.



DEDICATORIA

- A DIOS:** Todas las palabras no bastan para agradecer tu amor, tu fidelidad y tu misericordia infinita. Gracias porque tu fortaleza me acompañó en cada noche de desvelo. Para ti sea la honra, la alabanza, el honor y la gloria.
- A TI VIRGEN MARIA:** Apoyo fundamental en mis triunfos y fracasos. Gracias por llevarme de la mano hacia tu hijo Jesús, por abrir tu corazón maternal como refugio en mis angustias y por ser caudal de incontables bendiciones en mi vida.
- A MIS PADRES:** Por darme la vida, sus consejos y por sus oraciones. Especialmente a mi madre Teresa de Jesús Paredes: eres la manifestación más grande del amor de Dios en mi vida. Cada cuenta de tu rosario, es una plegaria elevada al cielo rogando a Dios por mí. Que este humilde trabajo engrandezca tu nombre. Te amo mamá.
- A MIS SOBRINAS:** Wendy y Yoselin: ustedes son mi inspiración y el motivo de mis luchas. Gracias por su amor y por su apoyo.
- A TODA MI FAMILIA:** Gracias por su cariño, su confianza y por darme ánimo siempre. En especial a mi hermana María Dolores: eres como una segunda madre, que tus manos sean benditas y tu vida esté llena del amor y la paz que te mereces.
- A MI PATRIA GUATEMALA:** Tierra amada que me vio nacer. Permíteme servirte y poner tu nombre en el sitio de honor que te mereces.
- A LA USAC:** En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales: bendita casa de estudios que me recibiste como estudiante y me devuelves a la sociedad como profesional. Siempre lucharé por honrar tu nombre.
- A MIS CATEDRATICOS:** Por compartirme sus conocimientos y ayudarme día a día para formarme como profesional.
- A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Gracias por su cariño, su apoyo y comprensión. Que los años nos permitan fortalecer los lazos de amistad que nos unen y que con mis colegas luchemos por construir una sociedad más justa y más humana.
- AL S.E.B.T.:** Por permitirme aprender a luchar para alcanzar nobles ideales en favor de la clase trabajadora del Banco de los Trabajadores, pues tengo fe que hay un mejor futuro para todos los que laboramos en dicha institución.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. Conceptos preliminares	1
1.1 Trabajador.....	1
1.2 Patrono.....	2
1.3 Estado.....	3
1.4 Salario.....	4
1.5 Honorarios.....	5
1.6 Contrato.....	6
1.7 Relación.....	7
1.8 Prestación.....	8
1.9 Ley.....	9
1.10 Violación.....	9
1.11 Fraude.....	10
1.12 Sanción.....	11
CAPÍTULO II	
2. Protección universal del trabajo.....	13
2.1 Antecedentes.....	13
2.2 Modos de protección.....	15
2.3 Niveles de protección.....	15
2.4 Leyes que lo regulan.....	15
2.4.1 En el ámbito internacional.....	15
2.4.2 En el ámbito nacional.....	18
2.5 El salario.....	20
2.6 Clases de salario y sus combinaciones.....	22
2.6.1 Características del salario por unidad de tiempo.....	23
2.6.2 Características del salario por unidad de obra.....	24
2.6.3 Características del salario por participación.....	24
2.7 Medidas que protegen el salario.....	24

	Pág.
2.7.1 A nivel internacional.....	24
2.7.2 A nivel nacional.....	28
2.8 Medidas protectoras contra posibles abusos del patrono.....	29
2.9 Medidas de protección contra los acreedores del trabajador.....	31
2.10 Medidas de protección contra los acreedores del patrono.....	32
2.11 Medidas protectoras de la familia del trabajador.....	32
2.12 Los gremios o asociaciones profesionales.....	33
2.12.1 Origen.....	33
2.12.2 Desarrollo.....	35
2.12.3 Finalidad.....	35
CAPÍTULO III	
3. Análisis jurídico doctrinario del salario.....	39
3.1 Primacía de la ley según Adolfo Merck de la Escuela de Derecho Austriaca....	43
3.2 La Constitución Política de la República de Guatemala y el caso del derecho más humano: la tutelaridad del trabajador.....	48
CAPÍTULO IV	
4. Fraude de ley.....	53
4.1 Consecuencias del fraude.....	56
4.1.1 Defraudación laboral (desprotección al trabajador).....	56
4.1.2 Defraudación al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.....	57
4.1.3 Defraudación fiscal.....	58
4.2 Competencia desleal e inseguridad jurídica.....	60
4.3 Responsabilidad ante terceros.....	61
CAPÍTULO V	
5. El contrato de trabajo.....	67
5.1 Contrato individual de trabajo.....	68
5.1.1 Naturaleza jurídica.....	68
5.1.2 Definición.....	69

	Pág.
5.1.3 Elementos del contrato individual de trabajo.....	69
5.2 Efectos del contrato individual de trabajo.....	70
5.2.1 Derechos y obligaciones de los trabajadores.....	70
5.2.2 Derechos y obligaciones de los patronos.....	71
5.3 Nulidad de los contratos individuales de trabajo.....	71
5.4 Clasificación del contrato individual de trabajo.....	71
5.4.1 Contrato por tiempo indeterminado.....	71
5.4.2 Contrato a plazo fijo.....	71
5.4.3 Contrato para obra determinada.....	72
5.5 Contrato colectivo de trabajo.....	73
5.5.1 Antecedentes.....	73
5.5.2 Definición.....	74
5.5.3 Requisitos.....	75
5.6 El contrato de servicios profesionales.....	76
5.7 El contrato civil como disfraz.....	79
5.8 El contrato mercantil como disfraz.....	82
5.9 La subordinación: elemento fundamental de la relación de trabajo.....	84

CAPÍTULO VI

6. Como diagnosticar una situación de disfraz laboral.....	91
6.1 Autoridades competentes.....	92
6.2 Procedimientos.....	93
6.2.1 La confesión judicial.....	97
6.2.2 Documentos.....	98
6.2.3 Testigos.....	99
6.2.4 Inspección ocular o reconocimiento judicial.....	99
6.2.5 Presunciones.....	100
6.3 Las facturas. ¿Anulan la relación de trabajo?.....	102
6.4 Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.....	106
6.4.1 Acción sindical para proteger a los trabajadores del disfraz laboral.....	106

	Pág.
6.4.2 Sistematización de casos.....	107
6.4.3 Implementación de certeza jurídica a los contratos de trabajo.....	107
6.5 Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo.....	109
6.6 Posiciones de los actores sociales.....	117
6.6.1 Sindicatos.....	117
6.6.2 Empleadores y gobierno.....	119
6.6.3 Organizaciones de la sociedad civil.....	127
6.7 Nuevas formas de contratación dentro de la globalización.....	129
CONCLUSIONES.....	139
RECOMENDACIONES.....	141
BIBLIOGRAFÍA.....	143

INTRODUCCIÓN

La violación a los derechos laborales de los profesionales que trabajan en relación de dependencia, pero bajo el disfraz de un contrato de servicios profesionales justifica la presente investigación. En la actualidad el uso de estos contratos es un vicio legal de aplicación constante, que presenta una problemática social la cual debe ser investigada a profundidad y que necesita una solución inmediata y eficaz.

La falta de empleos dignos, bien remunerados y la oferta de atractivos contratos de servicios profesionales bajo el renglón 029 en algunas dependencias del Estado, obliga a los profesionales a aceptar tales formas de contratación, aunque con ello renuncien a la tutela que les garantiza el derecho de trabajo. Al desarrollar el presente tema se tienen como principales objetivos, en primer lugar investigar a profundidad las formas en que se utiliza el disfraz laboral a través de maquinaciones fraudulentas que le dan al contrato de trabajo un matiz diferente, por ejemplo contrato de naturaleza civil o mercantil. Asimismo, establecer las diversas formas de defraudación fiscal y laboral en que incurren los patronos con esta clase de contratación, finalmente poner a la mano de todo profesional una guía de consulta práctica, útil y de contenido científico que le ayude a establecer su situación laboral, alentándolo a denunciar tales prácticas y con ello reivindicar los derechos que le han sido arrebatados.

El contenido de los diversos capítulos se desarrolla de forma técnica y científica pero de fácil comprensión. Se abordan temas de vital importancia tales como: conceptos preliminares, estos ayudarán a comprender la terminología utilizada; la protección

universal del trabajo en la legislación nacional e internacional, en ellas se establecen los derechos y garantías de las que goza toda persona que labora en relación de dependencia; las diversas formas de contratación y un profundo análisis jurídico de la tutela laboral, que es el principio ideológico por excelencia que inspira a esta rama jurídica. También se profundiza en las diversas formas de defraudación y se incluye una forma sencilla para determinar si un trabajador está ante una situación de disfraz laboral, orientándolo para solucionar dicho problema a través de diferentes mecanismos legales que puede utilizar. Se incluye además la posición de la Organización Internacional del Trabajo frente a estas prácticas antijurídicas y sus recomendaciones al respecto.

El enfoque metodológico inicia con lo cotidiano, pasa a lo legal y culmina en lo científico, pues se aportan valiosas soluciones al problema a través de las conclusiones y recomendaciones planteadas. Para presentar el resultado de esta investigación, se utilizaron técnicas como: consulta de libros, revistas, folletos, tesis, seminarios, conferencias, legislación nacional e internacional, lectura, comparación, análisis, síntesis, crítica, visitas a diversos portales, revisión de casos prácticos, resúmenes, etc. todo ello sirvió de soporte para verificar y comprobar las hipótesis planteadas.

Finalmente se incluye una extensa bibliografía de autores nacionales, internacionales, legislación, así como páginas de internet, las cuales pueden ser utilizadas para desarrollar a profundidad cada tema y para establecer que el disfraz laboral no es un mito, es una realidad que hoy por hoy afecta a miles de profesionales.

CAPÍTULO I

1. Conceptos preliminares

El derecho de trabajo contiene definiciones que por imperativo legal debe conocer todo profesional del derecho. Antes de desarrollar la presente investigación, es necesario conocer conceptos básicos que definan términos claves para comprender los temas que se desarrollarán, por lo que se definen los siguientes términos jurídicos utilizados constantemente en el derecho laboral así como en los contratos de trabajo y en las relaciones entre trabajadores y patronos.

1.1 Trabajador:

- a) “El que trabaja. Muy aplicado al trabajo. Obrero, jornalero”.¹
- b) “Persona que trabaja. También sinónimo de obrero y jornalero. En el Derecho de Trabajo es uno de los sujetos que forma parte de la relación y del contrato de trabajo en vinculación con el otro que es el patrono”.²
- c) “Quien trabaja. Todo aquel que realiza una labor socialmente útil. Laborioso o aplicado al trabajo. Obrero: el que realiza una tarea manual. Jornalero. Todo el que cumple un esfuerzo físico o intelectual, con objeto de satisfacer una necesidad económicamente útil, aun cuando no logre el resultado. La parte retribuida en el contrato de trabajo”.³
- d) La definición legal se encuentra en el Artículo 3 del Decreto 1441, Código de Trabajo que señala: “trabajador es toda persona individual que presta a un patrono sus

¹ **Diccionario de la real academia de la lengua española**, pág. 2,386

² Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 752

³ Cabanellas de Torres Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**, pág. 365

servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo”.

1.2 Patrono:

a) “Del latín Patronus. Defensor, protector, amparador. El que tiene derecho o cargo de patronato. Santo titular de una iglesia. Santo elegido como protector de un pueblo o congregación religiosa o laica. Amo, señor. Dueño de la casa donde uno se hospeda. Señor del directo dominio en los feudos. Persona que emplea obreros en trabajo u obra de manos”.⁴

b) “Modelo, norma, criterio o medida. Defensor o protector. Titular del derecho de patronato. Manumisor de un esclavo entre los romanos. Dueño de fonda o pensión. El que manda o dirige una pequeña embarcación, con funciones análogas a las del capital de un buque, salvadas las distancias. En diversos países americanos, patrono o empresario. En la economía internacional, metal que sirve para estimar la moneda, el oro y la plata o solamente el primero. Persona que subcontrata trabajadores para que en su nombre realicen labores a favor de un tercero”.⁵

c) “Defensor. Protector, amparador, favorecedor. Titular del derecho de patronato. Manumisor. Dueño del lugar donde uno se aloja. Dueño del feudo o del dominio directo. Quien emplea remuneradamente a trabajadores subordinados a él”.⁶

d) La definición legal se encuentra contenida en el Artículo 2 del Decreto 1441 Código de Trabajo el cual preceptúa: “es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo. Sin

⁴ **Ibid**, pág. 1,973

⁵ **Ibid**, pág. 556

⁶ **Ibid**, pág. 279

embargo, no quedan sujetas a las disposiciones del Código de Trabajo, las personas jurídicas de derecho público a que se refiere el Artículo 119 de la Constitución de la República”.

1.3 Estado:

a) “Conjunto de los órganos de gobierno de un país. Territorio de cada país independiente. País o dominio de un príncipe o señor feudal. País cuyos habitantes se rigen por leyes propias, aunque sometidos a las decisiones del gobierno general”.⁷

b) “Organización Social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio, poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la fuerza política”.⁸

c) “Sociedad jurídicamente organizada, con capacidad de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a sus similares en el exterior. Conjunto de los poderes públicos. Aceptación que se asimila con gobierno y del cual se diferencia en cuanto a que éste constituye una encarnación personal de aquel”.⁹

d) Definición Legal: persona jurídica colectiva y de derecho público, organizada jurídica y políticamente para proteger a la persona y a la familia; siendo su fin supremo la realización del bien común y sus principales deberes garantizar a los habitantes de Guatemala la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.¹⁰

⁷ **Ibid**, pág. 985

⁸ **Ibid**. pág. 294

⁹ **Ibid**, pág. 153

¹⁰ Castillo García Mario. **Derecho administrativo**, parte sustantiva, pág. 77

1.4 Salario:

a) “Del latín salarium. De sal. Estipendio, pago o remuneración. En especial, cantidad de dinero con que se retribuye a los trabajadores manuales. Retribución mínima, generalmente estipulada por la ley, que debe pagarse a todo trabajador”.¹¹

b) “Estipendio o recompensa que el amo da a su criado por su servicio o trabajo. Por extensión, estipendio con que se retribuyen servicios personales. Se refiere al servicio doméstico y a todos los trabajadores, especialmente obreros, y de modo más característico a los que cobran a destajo, por horas, por jornada, de donde se deriva la expresión jornal, semanas, quincenas y por mes que se llama sueldo”.¹²

c) “Etimológicamente de salarium, de sal, mientras que la palabra sueldo proviene de la dicción soldada. Paga que recibía por su actividad el hombre consagrado al servicio de las armas. Compensación que recibe el obrero o empleado a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado. Puede ser: básico, con prima, directo, efectivo, en dinero, en especie, familiar, indirecto, individual, ínfimo, legal, máximo, mínimo, mixto, móvil, nominal, por pieza, por tarea, por tiempo, real y vital”.¹³

d) Definición legal: según el Artículo 88 del Código de Trabajo: “es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos. Salvo las excepciones legales, todo servicio prestado por un trabajador a su respectivo patrono, debe ser remunerado por éste”.

El cálculo de esta remuneración, para el efecto de su pago, puede pactarse:

a) por unidad de tiempo (por mes, quincena, semana, día u hora);

b) por unidad de obra (por pieza, tarea, precio alzado o a destajo); y

¹¹ **Ibid**, pág. 1,136

¹² **Ibid**, pág. 685

¹³ **Ibid**, pág. 336

c) por participación en las utilidades, ventas cobros que haga el patrono; pero en ningún caso el trabajador deberá asumir los riesgos de pérdidas que tenga el patrono.

1.5 Honorarios:

a) “Del latín honorarius. Adjetivo que sirve para honrar a uno. Aplicase al que tiene los honores y no la propiedad de una dignidad o empleo. Gaje o sueldo de honor. Estipendio o sueldo que se da a uno por su trabajo en algún arte liberal”.¹⁴

b) “Remuneración, estipendio o sueldo que se concede por ciertos trabajos. Generalmente se aplica a las profesiones liberales, en que no hay relación de dependencia económica entre las partes, y donde fija libremente su retribución el que desempeña la actividad o presta los servicios”.¹⁵

c) “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. Sinónimo de arancel.”¹⁶

d) No existe definición legal de honorarios, de acuerdo al principio de libre contratación, el Artículo 106 del Código de Notariado preceptúa: “los notarios, así como las personas que soliciten sus servicios profesionales, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago. A falta de convenio, se regularán conforme a este arancel, en moneda nacional”. Por su parte los Artículos 2027 y 2028 del Código Civil establecen: “los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago, a falta de convenio, la retribución del

¹⁴ **Ibid**, pág. 762

¹⁵ **Ibid**, pág. 355

¹⁶ **Ibid**, pág. 178

profesional se regulará de conformidad con el arancel respectivo”. El Artículo 7 literal a del Código de Ética Profesional preceptúa: “para la estimación de honorarios, el abogado debe, fundamentalmente, atender: a) la importancia de los servicios....”

1.6 Contrato:

a) “Del latín contractus. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. El que se hace a riesgo y ventura renunciando los contratantes a las consecuencias legales del caso fortuito. El que hace nacer obligaciones recíprocas entre las partes. Acuerdo bilateral en que las prestaciones recíprocas son equivalentes y determinadas.”¹⁷

b) “Hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellas vínculos de obligaciones y también documento escrito destinado a probar una convención.”¹⁸

c) “Convención o acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico. El contrato constituye una especie particular de la convención cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”¹⁹

d) Definición Legal: el Artículo 1517 del Código Civil preceptúa: “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”. El Artículo 18 del Código de Trabajo establece: “contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona

¹⁷ **Ibid**, pág. 467

¹⁸ **Ibid**, pág. 167

¹⁹ **Ibid**, pág. 91

(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”. Por su parte el Artículo 38 del mismo cuerpo legal señala: “contrato colectivo de trabajo es el que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, por virtud del cual el sindicato o sindicatos de trabajadores se comprometen, bajo su responsabilidad, a que algunos o todos sus miembros ejecuten labores determinadas, mediante una remuneración que debe ser ajustada individualmente para cada uno de éstos y percibida en la misma forma”.

1.7 Relación:

- a) “Conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra. Pl. Relaciones de parentesco, de amistad, laborales, comerciales, etc.”²⁰
- b) “Correspondencia, trato, comunicación. Analogía, semejanza. Informe que, de viva voz o por escrito, hace el secretario, o personas que lo substituya, al juez o tribunal, acerca de una causa o proceso. Relato, narración. Referencia, informe, declaración.”²¹
- c) “Vínculo, conexión, comunicación, analogía, semejanza, relato, narración, referencia, informe, declaración. Relación de trabajo: surge cuando una persona trabaja para otra en condiciones de subordinación, contiene para ambas derechos y obligaciones laborales, con independencia de que exista, o no, un contrato de trabajo”.²²

²⁰ **Ibid**, pág. 1,503

²¹ **Ibid**, pág. 659

²² **Ibid**, pág. 347

d) Legalmente no existe ninguna definición del concepto sin embargo toda norma jurídica crea una relación o vínculo entre las partes cuyas relaciones pretende normar.

1.8 Prestación:

a) “Del latín praestatio, praestationis. Acción y efecto de prestar. Cosa o servicio exigido por un convenio en un pacto. Cosa o servicio que un contratante da o promete al otro. Renta, tributo o servicio pagadero, al propietario o a alguna entidad. Prestación social. Cada uno de los servicios que el Estado, instituciones públicas o empresas privadas deben dar a sus empleados”.²³

b) “Objeto o contenido de un deber jurídico. Equivale a dar, hacer o no hacer. Dícese de la cosa o servicio exigido por una autoridad, o convenido en un pacto. También, la cosa o servicio que un contratante da o promete a otro. Servicio obligatorio exigido por la ley para la ejecución de obras o servicios de utilidad común”.²⁴

c) “Acción o efecto de prestar, préstamo, empréstito. Objeto contenido de las obligaciones consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Servicio o cosa que la autoridad exige. Trabajo o tarea que debe efectuarse en beneficio de la colectividad”.²⁵

d) Doctrinariamente: es el conjunto de derechos que conforme a la ley son adquiridos por el trabajador mediante el paso del tiempo con objeto de una relación o contrato de trabajo cualquiera que sea su naturaleza. Las mismas las prestaciones laborales tienen un carácter personal e irrenunciable y pese a su carácter personal también se hacen efectivas por los herederos del trabajador o su representante legal en caso de ausencia, impedimento o muerte.

²³ **Ibid**, pág. 1,237

²⁴ **Ibid**, pág. 603

²⁵ **Ibid**, pág. 317

1.9 Ley:

a) “Del latín *lex, legis*. Regla y norma constante e invariable de las cosas, nacida de la causa primera o de las cualidades y condiciones de las mismas. Precepto dictado por la suprema autoridad, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados”.²⁵

b) “Toda norma jurídica que regula los actos y de las relaciones humanas, aplicable en determinado tiempo y lugar. Precepto dictado por autoridad competente, mandando o prohibiendo una cosa acorde a la justicia y para el bien de los gobernados”.²⁶

c) “Regla, norma o precepto de la autoridad pública que manda, prohíbe o permite algo. Regla de conducta obligatoria dictada por el poder legislativo, o por el ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones. Todo reglamento, ordenanza, estatuto, decreto, orden u otro mandamiento de una autoridad en ejercicio de sus atribuciones”.²⁷

d) Doctrinariamente: es la norma estatal de rango superior y preferente, dictada con el máximo de solemnidades por la autoridad y órgano de un país a quien se reserva su competencia. Dichas solemnidades deben estar determinadas en la ley para no se atacadas de nulidad o de inconstitucionalidad. El Artículo 2 Ley del Organismo Judicial señala: “en Guatemala la ley es la fuente principal del ordenamiento jurídico”.

1.10 Violación:

a) “Del latín *violatio y violatonis*. Acción y efecto de violar. Infringir o quebrantar una ley, tener acceso carnal a la fuerza con otra persona. Profanar un lugar sagrado”.²⁸

²⁵ **Ibid**, pág. 1,149

²⁶ **Ibid**, pág. 424

²⁷ **Ibid**, pág. 233

²⁸ **Ibid**, pág. 2,187

b) “Infracción, quebrantamiento o trasgresión de la ley o mandato. Incumplimiento de un convenio. Cualquier delito o falta”.²⁹

c) “Infracción del Derecho positivo de cualquier clase de norma, que permite exigir su cumplimiento forzoso o la reparación consiguiente y a algún principio cuya trasgresión lleve aneja alguna consecuencia punitiva, por constituir delito o falta”.³⁰

d) Doctrinariamente: Incumplimiento de la norma jurídica que impone la obligación de dar, hacer o no hacer, y cuyas consecuencias son objeto de una sanción. En derecho penal se considera un delito y se comete cuando una persona atenta en forma directa o indirecta contra la libertad e indemnidad sexual de otra, sin importar el sexo o la condición sexual del sujeto pasivo.³¹

1.11 Fraude:

a) “Del latín *fraus, fraudis*. Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete. Acto tendente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros. Delito que comete el encargado de vigilar la ejecución de contratos públicos, e incluso de algunos privados, confabulándose con la representación de los intereses opuestos”.³²

b) “Engaño, abuso, maniobra inescrupulosa. Simulación o artificio”.³³

c) “Engaño, abuso de confianza, acto contrario a la verdad o a la rectitud. Acción u omisión voluntaria para ocultar la verdad con el objetivo de perjudicar a alguien”.³⁴

²⁹ **Ibid**, pág. 784

³⁰ **Ibid**, pág. 409

³¹ De León Velasco, Héctor y De Mata Vela, José Francisco. **Derecho penal guatemalteco**, pág. 116

³² **Ibid**, pág. 528

³³ **Ibid**, pág. 327

³⁴ **Ibid**. pág. 173

d) Legal: según el Artículo 450 del Código Penal, es “concertarse con otro (s) para la comisión de un delito”. El Artículo 1,257 del Código Civil preceptúa: “es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio”. La ley del Organismo Judicial en su Artículo 4 señala: “Actos nulos. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Lo actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”.

1.12 Sanción:

- a) “Del latín sanctio y sanctionis. Estatuto o ley. Acto solemne por el que el jefe del Estado confirma una ley o estatuto. Pena que la ley establece para quien la infringe”.³⁵
- b) “Consecuencia jurídica desfavorable por incumplimiento de un deber”.³⁶
- c) Confirmación de una disposición legal por el jefe de un Estado o quien ejerce sus funciones, previo cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que establece la legislación para que a la norma jurídica se le de tal reconocimiento. Recompensa por inobservancia de preceptos. Amenaza legal de un mal por comisión u omisión de ciertos actos o por la infracción de determinados preceptos.³⁷

³⁵ **Ibid**, pág. 1,820

³⁶ **Ibid**, pág. 688

³⁷ **Ibid**, pág. 360

CAPÍTULO II

2. Protección universal del trabajo

2.1 Antecedentes:

“En el comienzo del capitalismo no existía la protección universal del trabajo. Con el surgimiento de un sindicalismo organizado, se pensó contrarrestar la fuerza de los empleadores. Dicho planteamiento se tornó interesante, porque el Estado fue relegado a un nivel mínimo y se estableció el mercado laboral como supremo repartidor de mano de obra calificada. El sindicalismo se presentaría como el único dique de contención del capital y bastaría optar a él para que los trabajadores no quedaran abandonados a su suerte. La necesidad de proteger el trabajo en sus diversas formas surge desde las profundidades ideológicas de los desposeídos ya que el trabajo no es una realidad en sí como el capital, sino una realidad en el hombre. No existe el trabajo sino el hombre que trabaja. De allí que no pueda hablarse de trabajo humano, como si la actividad mencionada pudiese ser ejercida por un ser distinto al hombre. Quien dice trabajo, significa hombre que trabaja, que debe ser protegido legalmente porque su suerte interesa a toda la sociedad, a tal punto que esta puede valorarse de acuerdo al modo como trata a quien trabaja. Los niveles éticos elementales indican que el trabajador ha de poder ejercer plenamente la libertad de decisión, menguada por la suficiencia frente al empleador y por su posición desfavorable en la estructura social.”³⁸

“Colocar al hombre que trabaja en igualdad de posición frente a quien dispone del capital y que mediante su posibilidad de despedirlo puede ejercer sobre él un poder despótico, casi de vida o muerte dada la probable exclusión social consecuente, es la

³⁸ Capón Filas, Rodolfo. **Protección Constitucional del Trabajo**, pág. 72

primera función del derecho laboral, surgida de la justicia social, entendida ésta como la fuerza que busca la igualdad real de posibilidades, colocando a todos en el mismo punto de partida.”³⁹

Al respecto, la jurisprudencia guatemalteca ha afirmado que: “el trabajo tiene características que imponen su consideración con criterios propios que exceden el marco del mercado económico; y se apoya en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Política de la República de Guatemala. Ello sustenta la obligación de quienes utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan”.

Por ello, toda duda debe resolverse en función de la igualdad de posibilidades porque el principio *in dubio pro justicia social* tiene categoría constitucional. Por todas estas razones, es necesario proteger al trabajador. Adviértase que la norma constitucional reconoce el derecho a la libre elección de trabajo, no solamente el asalariado, aunque a éste lo protege especialmente, pues el derecho a trabajar y ejercer toda actividad lícita ha sido reconocido en el Artículo 101 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Es razonable afirmar que el derecho laboral protege el trabajo realizado en condiciones de disparidad con respecto de quien lo recibe, por lo que bien puede sostenerse que, al lado del trabajo en relación de empleo, se protege el trabajo formalmente independiente realizado en el sector informal de la economía así como a los

³⁹ **Ibid**, pág. 73

trabajadores contratados por servicios profesionales mediante una relación de disfraz laboral ya sea en la iniciativa privada, con el Estado o con instituciones autónomas, semi autónomas o descentralizadas.

2.2 Modos de protección:

- a) "Personales: condiciones de salud y medio ambiente de trabajo, entre ellas la participación en las utilidades y en la dirección de la empresa.
- b) Familiares: protección integral de la familia, defensa del bien de familia, compensación económica especial, acceso a una vivienda digna.
- c) Sectoriales: organización sindical libre y democrática, negociación colectiva, derecho a la conciliación y al arbitraje, derecho de huelga, etc.

2.3 Niveles de protección:

- a) Básico: establecido por las leyes
- b) Intermedio: sancionado por los convenios colectivos y los acuerdos de empresa
- c) Superior: fijado en los contratos de trabajo."⁴⁰

2.4 Leyes que lo regulan

2.4.1 En el ámbito internacional:

Para el autor del presente trabajo, la protección mundial del trabajo está regulada en las leyes de cada país y normada a nivel internacional por mas de 100 tratados y convenios aceptados, firmados, aprobados y ratificados entre los estados y la OIT. También lo protegen la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La

⁴⁰ **Ibid**, pág. 78

Convención Americana de los Derechos Humanos, El Código de Derecho Internacional Privado, El Convenio de la Haya y las diversas recomendaciones que sobre materia laboral ha emitido la OIT.

“La teoría sistémica del derecho social diagrama tales elementos de acuerdo al modo de producción (clasificación profesional, carga de trabajo, ambiente de trabajo, higiene y seguridad laboral, repercusiones tecnológicas, incidencia mutua entre vida y trabajo, globalización, etc.) según la organización del proceso de trabajo (relaciones profesionales en la empresa, participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa, duración de la vida activa y tiempo de trabajo, estabilidad en el empleo) y en función de la distribución de los resultados (régimen de remuneraciones).

Condiciones de labor dignas y equitativas, calificativos que permiten valorar cómo se desenvuelve el trabajo. La dignidad se expresa en el respeto por la persona que trabaja, funcionando la armonía como parámetro técnico para dimensionarlo ya que la iluminación, el color, la humedad, la temperatura, el diseño de las maquinarias y utensilios, reflejan en el ambiente laboral la presencia de seres humanos trabajando.”⁴¹

“La equidad, como justicia concreta, adecua la norma a la realidad. La tendencia mundial respecto de la calidad humana en el ambiente de trabajo sirve para concretar las normas constitucionales de todos los países del mundo. La disminución de la dignidad mediante normas contradictorias que rebajarán niveles alcanzados o a través de comportamientos indignos del empleador, han de ser seriamente cuestionados tanto

⁴¹ Capón Filas, Rodolfo. **Protección del mundo del trabajo**, pág. 102

al Estado cuando figura como patrono como a los particulares en sus relaciones laborales.

La protección de la jornada de trabajo, la remuneración, la participación de los trabajadores en la empresa, la protección contra el despido arbitrario, el respeto de la jornada de trabajo limitada, y que los descansos y las vacaciones serán remunerados son solo algunas mínimas normas de protección internacional.⁴²

En referencia a la remuneración, solo será justa si se paga igual por igualdad de tarea. La ley, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan con que debe aceptados sin mayores discusiones los montos salariales mínimos sancionados por el poder ejecutivo. También se regula la productividad o las escalas salariales convencionales así como los incentivos adicionales como por ejemplo las ventajas económicas.

El salario mínimo debe ser susceptible de ser mejorado a través de las negociaciones colectivas así como la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa. La participación en las empresas llega también a controlar la producción y colaborar en la dirección. Mientras establece la estabilidad del empleado público, sanciona la protección contra el despido arbitrario, relevando de cumplir con formalidades legales todos los procesos judiciales por despidos injustificados.

Respecto del lugar, se norma el traslado de un lugar de trabajo a otro, siempre que sea conveniente para los permutantes y exista anuencia entre sus jefes inmediatos.

⁴² **Ibid**, Pág. 102

2.4.2 En el ámbito nacional:

El autor del presente trabajo, tomando como base la pirámide de Kelsen, la cual clasifica las normas jurídicas en tres rangos de importancia, considera que la norma de primer orden que protege el derecho de trabajo es:

a) La Constitución Política de la República de Guatemala, en cuya parte dogmática dentro del título II, capítulo II, sección octava, Artículo 101 está contenido el trabajo como “un derecho de la persona y una obligación social, debiendo organizarse el régimen laboral del país conforme a principios de justicia social”.

b) El Decreto 1441 Código de Trabajo como norma de carácter ordinaria, regula las relaciones laborales de los trabajadores de las empresas públicas y privadas así como otros regímenes especiales de trabajo que no cuentan con una ley propia.

c) El Decreto 17-48 Ley de Servicio Civil, regula las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado y sus entidades descentralizadas.

d) El Decreto 44-86 Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo, regula las relaciones de los empleados de dicho organismo con el Estado.

e) El Decreto 44-89 Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, norma lo relativo al desempeño de las labores de los servidores públicos del aparato de justicia del Estado.

f) El Decreto 63-88 Ley de Clases Pasivas del Estado, establece los derechos, garantías y obligaciones a que están sujetos todos aquellos servidores públicos que se encuentran en suspensión definitiva de sus labores por accidentes u otra causa o por llegar al tiempo de servicio que regula la ley para disfrutar de la jubilación respectiva.

g) El Decreto 1-87 Ley de Servicio Municipal, establece los derechos y garantías mínimas de los trabajadores al servicio de las diversas corporaciones municipales.

h) El contrato de trabajo individual o colectivo, regula la forma en que será prestado el servicio en determinada institución.

i) El pacto colectivo de condiciones de trabajo, establece las condiciones en que el trabajo debe prestarse y las demás materias relativas a este, cuando el mismo ha sido celebrado entre un sindicato de trabajadores y un patrono o un sindicato de trabajadores y un sindicato de patronos. En nuestro medio no existen sindicatos de patronos legalmente establecidos sino que se agrupan por cámaras empresariales.

Sin embargo, se hace dos consideraciones especiales:

1. El derecho de trabajo es un derecho social, por tanto está inmerso dentro de los derechos humanos, y en este orden de ideas, por mandato constitucional está protegido de manera preeminente por los tratados y convenios en materia laboral ratificados y aprobados por el Estado con la Organización Internacional del Trabajo.

2. La jerarquía de las normas constitucionales prevalecen en la aplicación del derecho interno, y es un imperativo legal que la Constitución Política de la República de Guatemala, debe observarse como norma de primer orden, sin embargo, el carácter tutelar del derecho de trabajo cuyo objetivo principal es compensar la desigualdad económica que existe entre el patrono y el trabajador, posibilita dar un trato preferente incluso a normas reglamentarias o de carácter privado, por ejemplo a aquellas que surgen de los pactos colectivos de condiciones de trabajo o de los contratos individuales o colectivos de trabajo, siempre que estos contengan prestaciones económico sociales que hayan sido superadas y que brinden al trabajador beneficios adicionales a los reconocidos por la legislación nacional o internacional.

No se trata pues de una violación a los preceptos constitucionales u ordinarios, ya que de ser así dichas normas vendrían a ser nulas ipso jure, se trata más bien de aplicar la tutelaridad del trabajo, principio ideológico sobre el que descansa el objetivo fundamental del derecho laboral.

2.5 El salario:

Rodolfo Capón Filas en su obra Protección del Mundo del Trabajo señala que: “la definición de salario no puede concebirse únicamente en función de apreciaciones particulares o legales, sino en función de sus características intrínsecas tales como:

a) El salario es la fuente única o principal fuente de vida para el trabajador y su familia, por lo tanto tiene carácter alimentario.

b) La denominación de salario ha sido aceptada casi universalmente, lo cual ha roto la estratificación anterior en que la denominación de la retribución del trabajo tomaba su nombre dependiendo del trabajador de que se tratara; llamándose sueldo al que devengaban los trabajadores de oficina y comercio y salario el que devengaban los trabajadores obreros. También se llama sueldo en los casos de pago mensual o quincenal y salario en los casos de pagos por unidades de tiempos menores.

c) El término salario comprende las distintas retribuciones de trabajo, surgiendo con esta concepción la interrogante ¿qué prestaciones comprende el salario? a lo cual la doctrina ha respondido que existen dos principios de las prestaciones que comprende el salario a saber:

1) Toda prestación ofrecida al trabajador, cualquiera que sea el nombre que se le de, crea un derecho a favor del trabajador y

2) Toda ventaja económica dada al trabajador en forma periódica, a cambio de su labor ordinaria pasa a formar parte de su salario.

d) Para fijar el salario debe tomarse en cuenta el principio de igualdad del salario. El monto del salario debe ser fijado por patronos y trabajadores pero no puede ser inferior al salario mínimo. Para formar un concepto de salario debe tomarse en cuenta que su origen esta en el proceso productivo de la sociedad, el cual sin embargo no debe apreciarse en una forma impersonal si no en relación a la utilidad que tiene para el trabajador; ya que si bien patrono y trabajadores conforman sectores diferentes de la sociedad, idealmente debe existir entre ellos una cohesión y no una confrontación. Por ello se dice que el salario es la participación dineraria a que tiene derecho el trabajador por su aportación directa en un proceso productivo, teniendo en cuenta que la finalidad del salario es el sostenimiento y desarrollo del trabajador y su familia.

Con este concepto no se ha calificado cuan inestimable debe ser esa participación, porque en todo caso debe ser sustancial para el trabajador; como tampoco se ha calificado si su proporcionalidad analizada en el ámbito económico permite una sobrevivencia digna, porque eso es materia del propio accionar de esta rama jurídica, y en todo caso su proporción debe juzgarse en relación a la sociedad de que se trate”.

Al respecto el Artículo 1 del convenio 95 de la OIT sobre la protección al salario, establece que “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”.

La importancia de la magnitud del salario puede variar de una sociedad a otra, pues en una sociedad en que el Estado proporciona suficientes satisfactores a sus ciudadanos (como educación, asistencia social, adecuadas pensiones de retiro, medicina barata, suficientes artículos de primera necesidad a precios accesibles, etc.) no se justifica que pudieran pretenderse salarios elevados, pero en una sociedad en que todos los bienes se privatizan y por ende todas las necesidades están sujetas a especulación, la pretensión de un buen salario tiene justificadas razones.

En cuanto a definir que es el salario, el primer párrafo del Artículo 88 del Código de Trabajo preceptúa: “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”.

2.6 Clases de salario y sus combinaciones:

Aunque en la doctrina del derecho laboral se hacen diferentes acepciones del salario, por ejemplo: salario básico, salario con primas, salario efectivo, salario en dinero, salario en especie, salario familiar, salario directo, salario indirecto, salario individual, salario ínfimo, salario legal, salario máximo, salario mínimo, salario mixto, salario móvil, salario nominal, salario por pieza, salario por tarea, salario por tiempo, salario

progresivo, salario real y salario vital; el Código de Trabajo clasifica el pago de los servicios que se prestan en relación de dependencia, únicamente en tres formas:

- a) Por unidad de tiempo: toma de base unidades de tiempo, por ejemplo: horas, día, semana, quincena o mes, independiente del resultado que se tenga del trabajo, y
- b) Por unidad de obra: toma de base el trabajo realizado por pieza, tarea, precio alzado o a destajo, sin importar el tiempo empleado. Si se toma en cuenta algún período de tiempo convenido, será solo para efecto de hacer el pago de ese salario y otras prestaciones colaterales del mismo. Esta modalidad si toma en cuenta una tarea específica asignada al trabajador desde el inicio de la obra hasta su finalización.
- c) Por participación: el Código de Trabajo en su Artículo 92 dispone: “si el salario consiste en participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono, se debe señalar una suma quincenal o mensual que ha de recibir el trabajador, la cual debe ser proporcionada a las necesidades de éste y al monto probable de la participación que le llegue a corresponder”.

2.6.1 Características del salario por unidad de tiempo:

- a) El salario se fija por mes, por quincena, por semana, por día, por hora, etc.
- b) La proporcionalidad de pago del salario convenido va ligada a la proporcionalidad de la jornada laborada;
- c) La retribución va ligada a la producción hecha cuando así se ha convenido;
- d) El salario se cuantifica de acuerdo al tiempo efectivo laborado, porque es el tiempo laborable el que se contrata.

2.6.2 Características del salario por unidad de obra:

- a) La retribución está íntimamente ligada con la producción del trabajador;
- b) El salario puede ser fluctuante dependiente de la producción lograda;
- c) Tiene aplicación lo referente a trabajo efectivo, únicamente en cuanto al pago de los descansos remunerados, por cuanto que no es el tiempo laborable lo que se contrata;
- d) No obstante lo anterior, el trabajador tiene derecho a los descansos regulados en la ley, los cuales deben ser remunerados de acuerdo a los promedios establecidos.

2.6.3 Características del salario por participación:

- a) Debe pactarse la suma periódica que el trabajador debe recibir como pago;
- b) Debe pactarse el monto probable de la participación que le pueda corresponder al trabajador;
- c) La liquidación definitiva del salario por participación debe hacerse por lo menos cada año.

Las formas descritas de cuantificar el salario y las características que les identifican, no son definitivas. El derecho de trabajo permite la creación de innovaciones siempre y cuando no se violen garantías mínimas del trabajo o resulten lesivas a derechos ya adquiridos que beneficien a la colectividad.

2.7 Medidas que protegen al salario

2.7.1 A nivel internacional:

El autor del presente trabajo considera que se puede aplicar el siguiente silogismo:

Premisa mayor: el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece: “En materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”.

Premisa menor: Los convenios de la OIT sobre la protección del salario, aceptados y ratificados por Guatemala regulan una materia de derechos humanos.

Conclusión: los convenios de la OIT sobre la protección del salario prevalecen en Guatemala sobre el derecho interno.

Por lo anterior también considera que estos convenios son todo un tratado doctrinario y normativo legal de protección al salario; por ejemplo el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo que protege aspectos como: definición de salario, prohibición de otras formas de pago que no sea en moneda de curso legal, garantía legales en pagos parciales por prestaciones económico sociales, prohibición al empleador de limitar al trabajador la libre disposición de su salario, protección de descuentos, embargos o cesiones no autorizados por el trabajador o por la legislación nacional, preferencia de acreeduría en caso de quiebra o liquidación de la empresa, pago del salario en el tiempo convenido, etc. Asimismo existen otros convenios firmados y ratificados ante la OIT y que protegen el salario, por ejemplo los Convenios No. 26, 99 y 131 sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos, el Convenio No. 100 sobre igualdad de remuneración, etc. todos ellos y otros son valiosos instrumentos defensores de la institución mas sagrada e importante para el trabajador en sus relaciones laborales: el salario, que representa su modo de subsistencia y el valor de su recurso mas importante: su fuerza de trabajo.

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración de la ONU sobre los defensores de los derechos humanos: “todas las personas deben reconocer y respetar la función de quienes trabajan para proteger los derechos humanos, y pedir a sus representantes políticos que garanticen, se respeten y se apoyen. Pese a ello, en países del mundo entero, gobiernos, fuerzas de seguridad, intereses empresariales, grupos armados o dirigentes religiosos ponen obstáculos al trabajo en pro de los derechos humanos. La promoción de los derechos humanos desafía las estructuras de poder político, económico o cultural existentes en los países miembros, donde es preciso proteger su status social”.

No obstante, existen en el ámbito estatal, regional e internacional mecanismos que ofrecen salvaguardias a quienes trabajan para proteger y promover esos derechos. Según la declaración sobre los defensores de los derechos humanos y otras normas internacionales y regionales: “los gobiernos son responsables de toda violación contra defensores de los derechos humanos perpetrada por sus propios agentes, incluidos los miembros de las fuerzas de seguridad”.

Los estados deben introducir medidas para prevenir las violaciones contra quienes defienden los derechos humanos. Si se reciben denuncias de tales violaciones, deben llevar a cabo investigaciones imparciales sin demora y otorgar reparación a las víctimas. Esto incluye la adopción de leyes y procedimientos administrativos que garanticen los derechos humanos de todas las personas, incluidas aquellas que defienden esos mismos derechos.

Los estados tienen asimismo el deber de impedir las acciones de particulares, empresas u otros agentes no estatales que amenacen, ataquen o traten de obstaculizar el trabajo de quienes defienden los derechos humanos. Si el Estado no actúa para prevenir, investigar y castigar esos abusos, podrá ser obligado a rendir cuentas en virtud del Derecho Internacional. La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) ha adquirido el compromiso en nombre de los gobiernos de América a respetar la Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es un mecanismo independiente de la OEA y se creó para promover y proteger los derechos humanos en toda América. Entre sus funciones debe observar y sensibilizar la situación de los derechos humanos de los estados miembros, tratando casos de abusos contra los mismos, incluidos los perpetrados contra quienes defienden esos derechos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 23 preceptúa:

1. “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure a sí como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

Se ha señalado que, en virtud del fenómeno globalizador de nuestro tiempo, no es posible escapar de estos signos de flexibilización e irregularidades. Es decir, este enfoque pretende establecer que, en virtud de la globalización creciente, es el trabajador quien debe soportar los efectos de una modernización o actualización de la relación laboral; en otras palabras, debe aceptar cambios sustanciales que conducen a unas deficientes condiciones laborales, baja remuneración, aumento del horario, carencia de seguridad social, labores en días de descanso semanal, eliminación de beneficios y prestaciones sociales, alteración de las regulares u ordinarias relaciones laborales para convertirlas en precarios trabajos, aceptar que su vinculación laboral con el patrono sea cambiada por una fingida relación mercantil. Todo ello, con el propósito de permitir al sector patronal elevar desmesuradamente sus ganancias y beneficios, sin que realmente se retribuya el esfuerzo del laborante. Esto produce desequilibrios inadecuados que conducen a graves dificultades para el trabajador.

De allí, que el beato Papa Juan Pablo II haya clamado, en diversos y variados escenarios, por apartar este enfoque que resulta perjudicial para el prójimo, levantando su voz para combatir el neoliberalismo salvaje, que acorrala al ser humano y lo condena a la pobreza.

2.7.2 A nivel nacional:

Se les llama medidas protectoras del salario, por la finalidad que debe cumplir este no solo en función del trabajador sino en función de las personas que dependen económicamente de él.

La ley que regula la materia contempla disposiciones específicas sin excluir otras disposiciones generales que tengan la misma orientación, cuya finalidad es la protección del salario actual y establece algunas previsiones para proteger el salario futuro, las cuales se dividen en la forma siguiente:

2.8 Medidas protectoras contra posibles abusos del patrono:

a) Obligación de pagar el salario efectivo y prohibición de trueque: no está permitido a los patronos pagar a sus trabajadores en mercaderías, vales, fichas, cupones, o cualquier otro signo representativo con el que se pretenda sustituir la moneda. Sin embargo la ley contempla aquellos casos en que se haga entrega de vales, fichas u otro medio análogo, con el objeto de cambiarlos por efectivo al vencimiento del período de pago, lo cual no está comprendido en la prohibición. También es oportuno indicar como regla de excepción a esta norma, la disposición contenida en el párrafo tercero del Artículo 90 del Código de Trabajo, “permite pagar a los trabajadores campesinos hasta un treinta por ciento en alimentos o artículos análogos, destinados al consumo del trabajador y de su familia, siempre que el patrono suministre dichos productos a precio de costo o a un valor menor del que tienen en el mercado”.

b) Lugar del pago de salario: el Artículo 95 del Código de Trabajo, entre otras cosas dispone que “salvo convenio escrito, el pago del salario debe hacerse en el propio lugar en que los trabajadores prestan sus servicios, pretendiendo con tal medida evitar el despilfarro que de su salario pueda hacer el trabajador”.

c) Plazo para el pago del salario: el Artículo 92 del Código de Trabajo regula que “patronos y trabajadores deben fijar el plazo para el pago del salario, estableciendo los

límites máximos, en quince días en caso se trate de trabajadores manuales, y en un mes en caso se trate de trabajadores intelectuales o servicio doméstico”. Deja a salvo sin embargo la posibilidad de liquidar hasta el máximo de un año en el caso de los salarios por participación en utilidades, las cuales generalmente se cuantifican al final del ejercicio contable.

d) Obligación de pagar al trabajador el salario correspondiente al tiempo que pierda cuando se vea imposibilitado para trabajar por culpa del patrono. Esta disposición pudiera entenderse en el sentido que el trabajador esté imposibilitado físicamente, en cuyo caso podría deberse a un accidente de trabajo, y en el cual obviamente si mediara culpa del patrono debe agregarse otro tipo de responsabilidades como civiles o penales. Pero se refiere a situaciones de falta de materia prima en cuyo caso el trabajador estaría imposibilitado de desarrollar la labor que le ha sido encomendada.

e) Prohibición de descontar suma alguna del salario en concepto de multa: contenida en el segundo párrafo del inciso e, del Artículo 60 del Código de Trabajo, disposiciones referentes al reglamento interior de trabajo. Limita las medidas disciplinarias que pudiere ejercer el patrono, y garantiza que ni como sanción a la comisión de una falta del trabajador, puede el patrono descontar en concepto de multa al salario de su trabajador.

f) Prohibición de efectuar descuentos excesivos al trabajador, en los casos de obligaciones que provengan de responsabilidades civiles con motivo del trabajo. Contenida en los párrafos segundo y tercero del Artículo 99 del Código de Trabajo, la cual garantiza al trabajador que se le hagan los descuentos en un mínimo de cinco pagos, salvo que el trabajador por su propia voluntad pague en un plazo mas corto.

g) No son embargables los instrumentos, herramientas o útiles de trabajo que sean indispensables para ejercer la profesión del trabajador: salvo que el adeudo reclamado tenga relación directa con la adquisición de los mismos. Contenida en el Artículo 99 del Código de Trabajo.

h) Los anticipos de salarios que se concedan a los trabajadores en ningún caso pueden devengar intereses.

i) Los salarios no pueden cederse, venderse, comprarse o gravarse a favor de persona distinta de la esposa o concubina y familiares que dependan económicamente del trabajador. Contenida en el Artículo 100 del Código de Trabajo. Sin embargo la afirmación anterior se aplica en forma general si se hace un examen literal de la disposición, bajo el principio de legalidad, únicamente debería darse en los salarios que no excedan de cien quetzales, pero la disposición contenida en el Artículo 94 de la misma ley, da cierta consistencia para aplicarla en forma extensiva siempre que tenga como fin primordial los intereses de la familia del trabajador.

j) No puede hacerse o autorizarse colectas o suscripciones obligatorias del salario del trabajador, salvo que se trate de las impuestas por la ley. Contenida en el inciso f, del Artículo 62 del Código de Trabajo. Esta disposición garantiza al trabajador el hecho que no se le obligue a participar con aportes económicos, cuando esos aportes no provengan de normas legales o actos que haya consentido el trabajador.

2.9 Medidas de protección contra los acreedores del trabajador:

Dichas normas se crearon para proteger al trabajador de la eventualidad que las acciones de sus acreedores le puedan dejar sin el sustento de él y su familia.

a) Nulidad de la cesión, venta o compensación del salario: contenida en los Artículos 94 y 100 del Código de Trabajo, toda vez que cualquier cesión, venta o compensación que se hiciera del salario habría nacido muerta, ya que el salario debe pagarse directamente al trabajador o a la persona de su familia que él indique por escrito en acta levantada por una autoridad de trabajo, lo cual consecuentemente garantiza la no cesión del salario.

b) El salario únicamente debe pagarse al trabajador o a la persona de su familia que él indique.

c) El salario únicamente es embargable por los porcentajes permitidos por la ley, contenida en el Artículo 96 del Código de Trabajo, lo cual en los casos de cobros judiciales al trabajador, le da la seguridad de proveerse de alimentos para él y su familia.

2.10 Medidas de protección contra los acreedores del patrono:

De conformidad con el Artículo 101 del Código de Trabajo, los créditos por salarios no pagados y las indemnizaciones en dinero a que los trabajadores tengan derecho por terminación de sus contratos de trabajo, pueden ser cobrados judicialmente y tienen carácter de créditos de primera clase lo cual les da preferencia. Solamente el Estado goza de preeminencia sobre esta preferencia por adeudos tributarios firmes.

2.11 Medidas protectoras de la familia del trabajador:

a) Protección a la mujer casada y a los hijos menores del trabajador: en función de la importancia de la familia del trabajador, el Artículo 97 del Código de Trabajo contempla

que pueden embargarse los salarios en una proporción mayor, cuando se trate de reclamaciones por concepto de alimentos para su familia.

b) El salario es patrimonio familiar: de conformidad con el Artículo 94 del código que regula la materia, el salario constituye patrimonio de la familia puesto que además del trabajador únicamente puede entregarse a los familiares del trabajador que él designe.

c) Protección a los familiares del trabajador fallecido, según el Artículo 85 inciso a, del Código de Trabajo, el Artículo 102 inciso p, de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 93 de la Ley de Servicio Civil, los familiares del trabajador que fallezca estando al servicio de un patrono, tienen derecho a una prestación equivalente a la indemnización por prestación de servicios. A menos que el trabajador este cubierto por el régimen de seguridad social.

2.12 Los gremios o asociaciones profesionales:

Son un conjunto o agrupación de personas que desempeñan un mismo oficio o profesión, y que se aúnan para defender sus intereses y lograr mejoras de carácter común. Al otorgárseles su personería jurídica adquieren capacidad civil de contraer derechos y obligaciones.

2.12.1 Origen:

Los gremios surgieron como resultado de la libre asociación, a la que posteriormente se hizo obligatorio pertenecer. Los artesanos de las ciudades a partir del siglo XI, interesados por controlar la calidad y el precio de los productos y evitar así la competencia desleal de artesanos extranjeros y las oscilaciones de los precios,

decidieron unirse en pequeñas asociaciones con intereses comunes, a las que llamaron gremios.

Los primeros gremios fueron cofradías religiosas o semi religiosas con poco significado económico. Probablemente, formaron el núcleo alrededor del cual se desarrollaron los primeros municipios. Si bien es cierto al principio se unieron en una forma incipiente, con el paso del tiempo alcanzaron un auge de vital importancia económica y laboral que sentó las bases para las futuras asociaciones de trabajadores y de patronos.

Algunas de sus características eran poseer un ámbito local y carácter obligatorio, dividirse en escalas profesionales, se regían por estatutos, controlaban la actividad artesanal y evitaban competencias, se inspiraban en principios de mutualidad o sea intereses mutuos (de allí que se a este período se le conoce como: etapa de las mutualidades), el horario de trabajo no era el mismo en todas las estaciones, etc.

De su organización podemos decir que era jerárquica y por categorías como: aprendices, oficiales y maestros. Los grados se alcanzaban tras superar una prueba ante los oficiales al realizar una obra maestra y demostrar su habilidad y dominio del oficio. La mujer generalmente no participaba en esta actividad, solo al enviudar, para continuar con el taller de su marido y para la ayuda de los maestros del gremio.

Sus intereses los defendían basados en normas establecidas, fijaban minuciosas ordenanzas indicando técnicas de trabajo, instrumentos a utilizar, número de

empleados, días festivos, cuota a pagar, etc. Generalmente todos los artesanos de una misma profesión se establecían en una misma calle que a veces recibía el nombre del oficio que ejercían los gremios, por ejemplo: calle ancha de los herreros, calle del curtidor, etc. Actualmente ya no existen pues estos oficios se consideran parte de la economía informal y prácticamente quedaron en el olvido.

2.12.2 Desarrollo:

Con el surgimiento y expansión de las profesiones, se iniciaron las asociaciones de patronos y trabajadores, así como los colegios profesionales. El auge del desarrollo industrial y económico hizo necesario contar con mano de obra calificada de personas dedicadas a profesiones específicas. Se abrieron diversas instituciones que permitían a la población acceder al aprendizaje o profesionalización en determinada rama, cobran auge las profesiones y las universidades ven la necesidad de crear carreras profesionales en distintas ramas del saber humano. Alcanzado el profesionalismo, surge un sinnúmero de personas dedicadas a una misma actividad y con la finalidad de defender sus intereses y procurar una constante actualización y mejoramiento de sus conocimientos, se organizan en asociaciones que posteriormente darían paso a los colegios profesionales.

2.12.3 Finalidad:

Actualmente la colegiación profesional universitaria es obligatoria por mandato constitucional y de acuerdo a la Ley de Colegiación Profesional contenida en el Decreto 72-2001 del Congreso de la República.

Los colegios profesionales son asociaciones gremiales no lucrativas, apolíticas, laicas, con personalidad jurídica y patrimonio propio, tienen como fin: la superación moral, científica, técnica, cultural, económica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio en una forma ética y eficiente. De conformidad con la ley deben proteger a sus colegiados contra actos que tiendan a disminuir, degradar o tergiversar el ejercicio de la profesión ya que deben promover, vigilar y defender el ejercicio decoroso de las profesiones universitarias en todos los aspectos, propiciando y conservando la disciplina y la solidaridad entre sus miembros.

Anotado lo anterior es inconcebible el hecho de que los colegios profesionales pasan a ser mudos testigos de la explotación laboral que sufren sus asociados cuando en el sector público o privado con el pretexto de proveerles un empleo, los contratan para una verdadera relación de trabajo bajo la modalidad disfrazada de contrato por servicios profesionales.

A pesar que muchos de estos casos son desconocidos para estas instituciones por falta de denuncia, sería conveniente que en aras de defender uno de los derechos económico sociales fundamentales como es el trabajo, se investigara y apoyara a los agremiados de estas instituciones que sufren tales prácticas ilegales y abusivas.

Una de las funciones principales del Ministerio de Trabajo y Previsión Social es cumplir y garantizar que se cumpla con el régimen jurídico del trabajo, la formación técnica y profesional y la previsión social. Sin embargo es el mismo ministerio y la Oficina

Nacional de Servicio Civil quienes le permiten al Estado y a instituciones de derecho privado la violación de uno de los pilares del derecho de trabajo: la irrenunciabilidad a los derechos mínimos, pues tanto la Procuraduría de la Defensa del Trabajador como la Inspección General de Trabajo, son incapaces de alzar la voz contra actos degradantes e ilegales como es la simulación de un contrato de servicios profesionales cuando en realidad se trata de un auténtico contrato individual de trabajo como se verá mas adelante.

El papel de la Procuraduría de los Derechos Humanos ante tales fraudes de ley se limita únicamente a dar recomendaciones y a hacer las observaciones pertinentes a casos concretos. Dichas recomendaciones y observaciones debe ser fuente de consulta y coadyuvarán a aplicar la interpretación en conciencia de las normas jurídicas que ordena el Código de Trabajo. De esta forma se podrá reconocer los derechos laborales que han sido vulnerados en un aparente contrato civil, mercantil, administrativo, financiero, etc.

CAPÍTULO III

3. Análisis jurídico doctrinario del salario:

“En un esfuerzo ideológico de los patronos para ocultar sus verdaderos propósitos, intentan calificarse de modernos y progresistas frente a la globalización, y venden la idea que el trabajador es un profesional al que debe tratarse como tal y darle el lugar que se merece. Al anunciar la muerte de derechos sociales, los responsables de la pobreza y de la desigualdad social necesitan este tipo de argumentos porque, a pesar de los cambios, sigue siendo indigno explotar económicamente al prójimo.

Cuando a una persona se le ofrece un empleo subordinado y se le dice que no tendrá prestaciones laborales porque su contrato es de naturaleza civil o mercantil, en ese momento se está matando al derecho de trabajo. Este fraude niega al trabajador el acceso a la protección social que el Estado tiene prevista para aquellos que trabajan día a día en condiciones de subordinación o dependencia.

Así se mata un derecho, negando su existencia. Pero esta situación no debería provocar desaliento. Por el contrario, tal arbitrariedad motiva a impulsar, ahora en plena globalización, nuestra voluntad de feroz rebelión contra la injusticia social, una implacable protesta en contra de las condiciones indignas de trabajo y un compromiso ineludible a favor del trabajo decente

En el contexto actual de la economía mundial prevalecen las pautas impulsadas por el proceso de globalización. Podrán existir beneficios pero también, acompañan a éstos,

una serie de agudos problemas sociales que reclaman con insistencia soluciones que brinden alivio al sufrimiento de miles de personas.

“En Guatemala, como en otros países en desarrollo, los gobiernos a lo largo de la historia reciente han privilegiado una estrategia de inserción en la economía mundial a través del deterioro de la calidad de vida de la mayoría de los ciudadanos para favorecer a elites económicas. Hoy esta tendencia no ha cambiado.

El incesante proceso de globalización es asumido por nuestros gobernantes a costa del debilitamiento de las instituciones, de la indiferencia de las autoridades ante gigantescas evasiones por parte de empresas transnacionales y por parte también de históricos empresarios guatemaltecos. Los problemas sociales producidos por el proceso de globalización son más terribles en países en donde los gobernantes son complacientes ante los intereses de empresarios irresponsables que directa o indirectamente los han llevado al poder”.⁴³

Permitir la evasión del cumplimiento de la ley es una de las primeras satisfacciones que este tipo de empresarios recibe de funcionarios públicos complacientes. Enorme es la satisfacción para los empleadores, si esta omisión se refiere al incumplimiento de las leyes laborales. La reducción de los costos de producción a través de la negación de vacaciones, de la fijación de salarios por debajo del mínimo legal, de la extensión de la jornada de 8 horas hasta 10 o inclusive 12 horas efectivas de trabajo, de la realización de despidos directos injustos sin pagar indemnizaciones, de la contratación de niños

⁴³ Argueta, Alejandro. **El disfraz de la relación de trabajo en Guatemala**, pág. 10

con salarios bajos o sin salario, del despido discriminatorio e impune de trabajadoras embarazadas, de la negación de la licencia de lactancia y la omisión de la constitución de centros de cuidado integral para los hijos de las trabajadoras, de la evasión de las medidas mínimas de seguridad ocupacional, del alzamiento de bienes para defraudar las obligaciones laborales ante cientos de trabajadores, etc., son incumplimientos que producen fáciles ganancias a los empleadores y más sufrimiento a los trabajadores.

La explotación económica siempre ha causado dolor. Ante esto la dignidad humana ha reaccionado creando una serie de mecanismos orientados hacia la protección social del trabajador y de su familia. En la actualidad el concepto de globalización justa, impulsado por la Organización Internacional del Trabajo, sintetiza el anhelo humano de que el crecimiento económico producido por la mundialización de la economía se oriente hacia la justicia social y no hacia el deterioro de la calidad de vida de las personas.

El reto de una globalización justa es enorme, pero no es un sueño imposible. La posibilidad de alcanzar este objetivo está determinada por la capacidad de identificar los principales problemas, sus causas y sus soluciones. El sistema de protección de los trabajadores es un elemento esencial para la superación de los problemas sociales que impiden alcanzar justicia en el mundo actual y humanizar la globalización.

La vertiginosa carrera por alcanzar los mayores niveles de competitividad y ocupar las mejores posiciones en la inserción en la economía mundial conduce a sociedades

como la nuestra a un irracional y sensible deterioro institucional. No es factible cumplir con todas las disposiciones del Código de Trabajo es el discurso de los empresarios desde su promulgación en 1947 hasta la fecha. La legislación laboral es ineficaz y pernicioso para el desarrollo de las empresas, han afirmado así los técnicos vinculados al sector empresarial.

Las elites económicas realizan los más poderosos esfuerzos para lograr que sus actividades económicas se realicen sin cumplir la normativa social mínima. En este contexto la reducción o la anulación del ámbito de la relación de trabajo constituyen una de las principales causas de la desprotección de los trabajadores en la actualidad y son tres los problemas que pueden observarse:

a) El primero corresponde a la peor manera de disfraz de la relación de trabajo y consiste en que un empleador contrata a un trabajador en condiciones de subordinación o dependencia pero celebra un contrato civil o mercantil propio del trabajo independiente. De esta forma se disfraza la verdadera naturaleza de la relación o contrato de trabajo con una figura jurídica diferente. De esta forma también se comete un fraude de ley.

b) El segundo es la tergiversación de las condiciones de trabajo. Por ejemplo muchos empleadores contratan trabajadores a plazo fijo o extienden continuamente el período de prueba cuando la realidad es que estas contrataciones son de plazo indefinido y no temporales como pretende simular el empleador. Con esta práctica el empleador evade el cumplimiento de las obligaciones laborales que derivan de la continuidad de la relación de trabajo y también las correspondientes a la seguridad social, y

c) Las relaciones de trabajo triangulares o de subcontratación laboral se producen como consecuencia del necesario proceso de descentralización productiva y consiste en que una empresa principal subcontrata a otra con el objeto de descentralizar su producción y aumentar la competitividad. Si la empresa subcontratada incumple sus obligaciones laborales entonces surge el problema de determinar si la empresa principal es solidariamente responsable ante los trabajadores subcontratados.

La subcontratación se realiza con el objeto de ocultar al verdadero empleador responsable. Es un fraude elaborado e infame. Esto se aprecia frecuentemente en la situación en que empresas de la industria textil cierran sus plantas de producción sin pagar prestaciones laborales. Es posible que en cada cierre exista una empresa principal que se encuentra oculta por la figura de la subcontratación. De esta manera la empresa principal asegura el cumplimiento de los pedidos internacionales a través de formas de organización de la producción sin respeto de la mayoría de las garantías sociales mínimas de protección del trabajo de las personas. Todos estos fenómenos deterioran el bienestar de los trabajadores y de sus familias, constituyendo una manera de disminuir la protección social que les corresponde y además son un fraude legal que se realizan con el objeto de evitar la aplicación de las leyes laborales.

3.1 Primacía de la ley según Adolfo Merck de la escuela de derecho austriaca:

La teoría sistémica del derecho social sostiene que además del monto del salario mínimo vital y de las escalas de convenios colectivos, la cuantía remuneratoria ha de guardar proporción con las ganancias de la empresa o las habilidades del trabajador

por así derivarse de la justicia conmutativa. De lo contrario, se transferiría una abierta plusvalía a favor del empleador en detrimento directo de la condición social del trabajador.

La tendencia moderna de adormecer la conciencia social del trabajador se maneja de la siguiente forma: se le hace pensar que es parte del desarrollo de su empresa, y que en el proceso de producción debe emplear todo el esfuerzo físico y mental necesario para alcanzar niveles óptimos de productividad, para incrementar los índices de utilidades en su centro de trabajo, pues ello también le beneficiará directamente. No importa si esto implica utilizar todo el tiempo necesario para entrar en reñida competitividad con el mercado productivo, la finalidad es solo una: incrementar estrafalariamente los índices de utilidades netas al empresario, pues ello le dará una mejor participación en las ganancias de la empresa.

La teoría moderna de la administración de negocios, ha modificado el nombre del trabajador, le llama colaborador. No se le permite pensar que es un ser desposeído de los medios de producción, carente de toda posibilidad de desarrollo y que no posee por si ni para si dichos medios de producción. Tampoco se le hace ver que su única fuente de riqueza, pero la más importante es su fuerza de trabajo.

Dicha fuerza de trabajo crea la plusvalía o el producto adicional del cual se apropia el empresario para aumentar su margen de ganancias, y en contadas ocasiones lo comparte en forma aparente con el colaborador. Le otorga algún beneficio económico

que jamás sustituirá el verdadero valor de la fuerza de trabajo extra aplicada a la producción, y el único aliciente para el trabajador es pensar que pertenece a una clase media, con capacidad adquisitiva para obtener algunos bienes materiales que adquiere a través de empréstitos u otra fuentes de financiamiento, proporcionados incluso por el mismo patrono. Como consecuencia el trabajador se endeuda más allá de su capacidad de pago y de sus expectativas de vida. Sin embargo, al permitirle pensar que devenga un salario decoroso le adormece su verdadera condición y lo hace entrar en riña con su misma clase social. Cuando en un aparente ánimo de inclusión le llama colaborador, y le propone la formación de instituciones como las asociaciones solidaristas, en las cuales ambos aportan parte de su riqueza. El empresario aparentemente aporta una parte del capital inicial y el trabajador la otra.

Para el empresario no significa ningún sacrificio económico despojarse de una cantidad de dinero, pues este es parte de sus ganancias adquiridas con el valor de la fuerza de trabajo del empleado; de tal forma que el empresario realmente no está aportando nada ni sufriendo una pérdida de capital. Para el trabajador por el contrario, aportar esa cuota representa emplear un esfuerzo adicional, pues debe sacrificar parte de su salario en la constitución de dichas asociaciones, y la parte que sacrifica podrá restaurarla a su economía personal si y solo si labora tiempo extraordinario para no ver disminuido su salario. Existe pues una doble explotación que disfrazada de participación productiva enerva la conciencia y condición social del trabajador. Pero he aquí lo más caótico: imposibilita que los trabajadores se organicen entre sí, dando paso a una flagrante violación como lo es la libertad de asociación.

Según la primacía de la ley el salario debe responder a la justicia social (salario mínimo susceptible de ser mejorado pero nunca disminuido) y a la justicia conmutativa en dos variables: la primera, establecida en los convenios colectivos de trabajo y la segunda, en los negocios individuales de trabajo, los que, supuestos los montos anteriores, adecuan la cuantía a las ganancias de la empresa o a la habilidad del trabajador. Esta posibilidad, aceptada la igualdad remuneratoria por igualdad de tareas, responde objetivamente a la mayor eficacia por parte del trabajador.

El salario mínimo vital debe cubrir las necesidades básicas del trabajador y debe ser exigido por la justicia social que, más allá de discusiones escolares busca la igualdad real de posibilidades. Adolfo Merck pareciera compartir el criterio de que “entre la libertad contractual del empleador y la del trabajador de verse libre de opresión, ambos deben decidir la movilidad salarial. El salario debe responder a la depreciación de la moneda y al crecimiento de la economía, por lo que el salario no puede ser estático”.

De allí la necesidad que sobre la contratación laboral debe existir primacía de la ley para proteger al trabajador, cualquiera que sea su clase y el tipo de actividad que desarrolla, con normas imperativas, coercitivas y fáciles de interpretar y aplicar para evitar que el trabajador sea víctima de arbitrariedades patronales y judiciales por sentencias que violen abiertamente sus derechos. En varias sentencias, declaró inconstitucionales los montos salariales mínimos vitales utilizados como parámetros para las indemnizaciones por despido y consideraba que los resultados eran confiscatorios. A su vez, el salario mínimo se relaciona con la renta básica universal de

que todo hombre tiene derechos por su misma existencia. Se abre paso así al concepto de ciudadanía social y a la renta básica.

La intangibilidad salarial, uno de los principios básicos en la materia, ha sido desactivada en varias sentencias de la Corte de Derecho Austriaco. Adolfo Merck, quien señala: “no puede existir un derecho adquirido a una determinada modalidad salarial, mientras las modificaciones que se introduzcan para el futuro no importen alteraciones positivas razonables en su composición, no la disminuyan ni impliquen la desjerarquización respecto del nivel alcanzado en el escalafón respectivo”.

Posteriormente sostuvo que, “el abandono patronal del plan salarial programado con anterioridad, sujetando el aumento remuneratorio al costo de vida, no afecta la intangibilidad salarial. La participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, como uno de los modos salariales, no presenta problemas teóricos, aunque sí prácticos cuando el empleador cambia la base de cálculo o el porcentual ya que si son desfavorables colisionan con la intangibilidad porque las necesidades del trabajador nunca se pueden apreciar en su totalidad”.

Respecto a la estabilidad en el empleo, Merck señala que: “es la lógica consecuencia de la protección contra el despido arbitrario ya que reducir ésta a una indemnización más o menos importante no protege al trabajador contra la decisión infundada en la mayoría de los casos por el empleador. El ordenamiento normativo, al utilizar el vocablo indemnización, indica que el despido sin causa es una conducta antijurídica a

la que responde, objetivamente aquélla. De ahí que la tarifa indemnizatoria no refiera a la actitud personal del empleador ni a los daños causados, por lo que, si ha existido dolo o culpa en aquél y se han causado daños, en estos casos la reparación integral es la solución. Se complementan, de este modo, la antijuridicidad e ilicitud en el acto del patrono, la antijuridicidad con la tarifa indemnizatoria y la ilicitud con la reparación integral.

En materia de despido, el régimen laboral denominado como estabilidad impropia, permite al empleador despedir sin causa aunque, valorando tal conducta como antijurídica, sanciona una indemnización tarifada. La tarifa indemnizatoria no protege contra el despido, precisamente porque lo supone y lo valida. La estabilidad así regulada muestra su importancia práctica porque los trabajadores estables, con garantía de permanencia, pueden programar su futuro y desarrollar una conducta laboral seria y eficiente, aspectos ambos que se les ha escapado por completo a los autores tradicionales. Nadie puede olvidar que el juego de resultado positivo es el que suma esfuerzos y en el que todos ganan ($1 + 1 = 2$) mientras que en el de resultado negativo ($1 - 1 = 0$) uno gana lo que el otro pierde”.

3.2 La Constitución Política de la República de Guatemala y el caso del derecho más humano: la tutelaridad del trabajador:

El autor de la presente investigación, encuentra que las garantías constitucionales están diseminadas en todo el contenido de la ley superior que rige el marco jurídico del país y que a partir de allí, en todas las leyes se incluyen y se tutelan grandes valores

supremos, físicos y morales para la persona humana, siendo uno de los mas importantes para la persona que carece de los medios de producción: su fuerza de trabajo.

Asimismo considera que la Constitución Política de la República de Guatemala contiene garantías constitucionales como: el amparo, la exhibición personal, etc. estas instituciones protegen la vida y todos los derechos inherentes de las personas, pero hay que hacer una serie de interrogantes: ¿qué es la vida del hombre sin trabajo? o mas ampliamente ¿qué es la vida del hombre sin un trabajo que lo dignifique y le otorgue el reconocimiento y la aplicación de sus derechos mínimos o superados por los contratos de trabajo? y más aún, ¿es digno que un Estado que está llamado a aplicar la justicia en favor de los más desprotegidos, sea mudo testigo de una violación flagrante a los derechos humanos? y en el peor de los casos ¿que se vuelva cómplice de dicha violación, al contratar por si y para si personal al que le maquilla un verdadero contrato de trabajo por un contrato de naturaleza civil o mercantil?

Después del análisis anterior, el autor concluye afirmando que la tutelaridad del trabajador es la base sobre la que descansa el principio ideológico del derecho de trabajo. Dicha tutelaridad está reconocida y normada legalmente en la literal a) del primer considerando del Código de Trabajo. Tácitamente este considerando desarrolla una de las instituciones más nobles del derecho: la tutela. La base que inspira la tutela es la protección y el bienestar personal y material de aquel que se halla en desprotección frente a posibles ataques contra persona o contra su patrimonio. Según

el Artículo 293 Código Civil: “el tutor es el representante legal de aquel a quien tutela. La tutela puede ser: legítima, judicial o testamentaria”.

En una interpretación extensiva de los Artículo 1, 2 y de la Constitución Política de la República de Guatemala, el Estado ejerce una tutela legítima respecto del trabajador.

Por imperativo legal, al tutor le acompaña de la figura del protutor quien interviene en las funciones de la tutela, para asegurar su recto ejercicio. En ese orden de ideas, se puede decir que el Estado es el tutor del trabajador quien se haya en una situación de desprotección económica frente al empleador, la figura del protutor le correspondería al Organismo Judicial a través de los juzgados y tribunales de trabajo y previsión social, y ambos están en la obligación del cumplimiento y correcto ejercicio de la tutela que implica defender sus intereses en juicio o fuera de él. Los trabajadores adquieren la figura sui generis de un pupilo a quien debe protegerse y velar por su bienestar integral.

Entonces tanto el Estado de Guatemala como el Organismo Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, son solidaria, mancomunada y subsidiariamente responsables por los perjuicios económicos, morales y de otra índole que se causen al trabajador por permitir que se lesionen sus derechos mediante una contratación laboral que conlleva un fraude de ley.

Durante el ejercicio de la tutela, el protutor está obligado a defender los derechos del pupilo en juicio o fuera de él, cuando estén en oposición con los intereses del tutor, los

órganos jurisdiccionales están pues obligados a defender los derechos de los trabajadores cuando estén en oposición con los intereses del Estado en casos en que éste figure como patrono, debiendo dictar resoluciones apegadas a la ley donde se observen los principios generales de derecho que son: la seguridad jurídica, la equidad, la justicia y el bien común.

¿Es errónea interpretación del principio de tutelaridad que hace el autor? no, porque de acuerdo al Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial “el conjunto de una ley servirá para ilustrar el contenido de cada una de sus partes, pero los pasajes de la misma, se podrán aclarar atendiendo al orden siguiente: a) a la finalidad y al espíritu de la misma; b) a la historia fidedigna de su institución; c) a las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) al modo que parezca más conforme a la equidad y a los principios generales del derecho”.

Se concluye entonces diciendo que la tutelaridad va más allá de compensar la desigualdad económica del trabajador frente al patrono y de otorgarle una protección jurídica preferente. Incluye entre muchas otras cosas la humanización de actos deplorables y el despojo del natural egoísmo económico de los poderosos, para que exista una verdadera relación donde ambas partes estén en igualdad de condiciones frente a la ley para erradicar de esta forma la explotación del hombre por el hombre y para que el Estado cumpla con su fin primordial que es el bien común.

CAPÍTULO IV

4. Fraude de ley

Existen solamente dos formas en las cuales se puede contratar a una persona para que realice un trabajo a favor de otra:

a) Trabajo por cuenta propia o independiente: en esta forma o situación de trabajo la persona que presta un servicio lo hace por su propia cuenta, sin depender de la persona que le ha empleado y no goza de derechos laborales o prestaciones sociales mínimas. Esta situación puede servir de ejemplo para identificar la manera en que se realiza un trabajo independiente: cuando una persona contrata los servicios de un abogado, el cliente es el empleador y el abogado es el profesional que trabaja a favor del cliente. Pero el abogado realiza el trabajo en forma independiente, sin dependencia o subordinación al cliente. Desde un punto de vista muy general el cliente es quien emplea al abogado, es en pocas palabras el empleador. No es posible que el cliente del abogado le dirija instrucciones de cómo realizar su trabajo, tampoco sería normal que sea el cliente el que se obligue a proporcionar al abogado los instrumentos y materiales necesarios para realizar el servicio legal que ha solicitado. Por el contrario el abogado utiliza equipo, instrumentos y materiales propios. Tampoco puede ser posible que el cliente le llame la atención, al abogado, por su mal desempeño, no puede el cliente iniciarle un proceso disciplinario, debe acudir a las instancias respectivas. Tampoco es posible que el abogado le exija al cliente o empleador el pago de un salario mínimo, el otorgamiento de vacaciones, aguinaldos o cualquier otra prestación laboral, el pago pactado entre abogado y cliente son honorarios profesionales pero no salario.

b) Trabajo por cuenta ajena, dependiente o subordinado: en este tipo de trabajo existe una dependencia o subordinación entre la persona que presta el servicio (trabajador) y la persona que lo emplea (patrono). En esta situación el patrono o empleador tiene la obligación de proporcionar todos los instrumentos y materiales necesarios para la realización del trabajo; tiene el derecho de dirigir la realización de las tareas y el trabajador tiene la obligación de acatar las órdenes o instrucciones que el patrono le indique para la eficaz realización del trabajo; como consecuencia el empleador tiene derecho a disciplinar el desempeño incorrecto del trabajador. El trabajador por su parte tiene derecho a todas las prestaciones sociales mínimas que las leyes laborales establecen. El trabajo dependiente o subordinado pertenece al ámbito de la relación o contrato de trabajo. Este tipo de relación o contrato es regulado por leyes que son de naturaleza de orden público. Este tipo de leyes constituyen un límite obligatorio para la voluntad del empleador o patrono y para los deseos, incluso, del propio trabajador.

En el mundo de los contratos o relaciones laborales los deseos de las partes no pueden prevalecer sobre el contenido mínimo que regula la ley. Como toda disciplina jurídica, en el caso de las disposiciones legales laborales, también existen principios dogmáticos de validez universal. Estos principios sirven para orientar a las personas ante situaciones concretas. El contenido y la validez de estos principios se acepta como una verdad cierta, sin duda, sin discusión. Uno de estos principios generales del derecho del trabajo es el que se conoce como primacía de la realidad. Esto significa que todas las disposiciones legales que regulan el trabajo subordinado se aplican forzosamente independientemente de la voluntad de las personas. Su aplicación es

obligatoria y aunque las personas decidan omitirlas al momento de celebrar negocios jurídicos (contratos) entonces el Estado las aplica de manera forzosa.

Este principio establece que en materia de derecho del trabajo prevalecen los hechos sobre la declaración de voluntad de las partes. Por esta razón al momento de apreciar una situación concreta es necesario revisar los hechos y no las formas o los documentos que las partes hayan suscrito.

En otras palabras, en derecho del trabajo no importa que documentos hayan firmado el patrono y el trabajador, si los hechos demuestran una cosa diferente al contenido de estos documentos, entonces valen más los hechos que los documentos. En este contexto el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo se produce cuando un empleador decide contratar a una persona para realizar un trabajo que por sus características es de naturaleza subordinada o por cuenta ajena pero oculta la verdad al suscribir o realizar, en lugar de un contrato de trabajo como debería de ser, un contrato de materia civil o mercantil.

La supuesta contratación civil o mercantil de trabajo independiente es solamente un velo, una apariencia, un disfraz con el que se pretende ocultar los hechos, es decir la verdadera relación de trabajo. Este fraude permite al empleador evitar el pago de todas las obligaciones legales establecidas a favor de los trabajadores que ha contratado. Como se ha expuesto, reduce los costos del empleador. Es un engaño que pretende dar un estilo de legalidad pues el empleador que lo realiza, intenta hacer

creer que el contrato o la relación establecida con el trabajador se han realizado de conformidad con las disposiciones legales del ámbito civil o comercial.

Sin embargo, a pesar de esta aparente legalidad, esta práctica es un fraude de ley en vista de que el empleador ha viciado el consentimiento de este negocio jurídico al simular una apariencia jurídica diferente a la que en verdad le corresponde. Cuando se realiza una simulación de contrato entonces el disfraz o falso contrato civil o mercantil es nulo. Esto quiere decir que el contrato civil o mercantil no tiene existencia jurídica, prevalece el contrato o relación de trabajo que ha sido fraudulentamente ocultado.

4.1 Consecuencias del fraude:

Son complejas y diversas las consecuencias que se producen al momento de realizar el fraude legal de disfrazar o encubrir una relación de trabajo por un contrato civil o mercantil. En forma general pueden considerarse las siguientes consecuencias o efectos jurídicos y que implica una defraudación a importantes programas y políticas de carácter social.

4.1.1 Defraudación laboral (desprotección al trabajador):

La anulación de las garantías sociales mínimas que corresponden a toda persona contratada para trabajar en condiciones de dependencia o subordinación es el primer efecto. De esta forma se establecen condiciones de empleo precario que afectan el bienestar del trabajador y de su familia. Si el trabajador plantea una acción para lograr el reconocimiento de la naturaleza jurídica laboral de la relación de trabajo es posible

que el empleador sea considerado haga efectivo el pago de todas las prestaciones laborales que adeuda al trabajador. Esto constituye un aspecto relevante al momento de considerar la sostenibilidad y competitividad de las empresas. Si un empleador organiza las relaciones laborales de su empresa sobre la base de un fraude legal corre altos riesgos económicos que determinan una sensible vulnerabilidad a la inversión.

4.1.2 Defraudación al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social:

El fraude del disfraz de la relación de trabajo también implica la defraudación del pago de las cuotas patronales y laborales al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. En este caso la defraudación es responsabilidad del empleador ya que es éste el obligado de declarar en el IGSS a las personas que haya contratado dentro de una relación de trabajo. Si se declara la existencia de una relación laboral el empleador está obligado a pagar todas las cuotas patronales y las del trabajador, también debe pagar los intereses moratorios y la multa que corresponda.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social puede requerir el pago de cuotas hasta por seis años de omisión. Los trabajadores no deberían considerarse excluidos del derecho a la cobertura del seguro social ya que según el marco normativo que lo regula, se establece que es el empleador el responsable omitir la declaración de los trabajadores ante el seguro social y el pago de las cuotas respectivas. Bajo este supuesto la persona que se considere trabajador de un patrono puede exigir la prestación de los servicios del seguro social y éste debe prestarlos. Posteriormente el IGSS debe reclamar al patrono las cuotas, multas e intereses que correspondan.

La omisión patronal de declarar a sus empleados ante el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social también implica la omisión del pago de las contribuciones al Instituto Técnico de Capacitación y Productividad (INTECAP) y al Instituto de Recreación de los Trabajadores (IRTRA). Esta omisión afecta sensiblemente el presupuesto de estas instituciones.

4.1.3 Defraudación fiscal:

Al realizar el fraude legal de disfrazar o de encubrir una relación de trabajo bajo la forma de un contrato civil o mercantil, es posible que el empleador solicite al trabajador que le extienda una factura contable cada vez que le paga la retribución convenida por la prestación de sus servicios personales. Se presume, dentro del ambiente del fraude legal que el monto de la prestación de los servicios está gravado con el Impuesto al valor agregado según lo regulado en la ley de la materia. Sin embargo esta situación merece las siguientes consideraciones:

a) Cuando el supuesto proveedor de servicios, que en realidad es un trabajador subordinado o dependiente que labora en una relación de trabajo, otorga una factura adquiere la obligación de declarar ante la Superintendencia de Administración Tributaria SAT el impuesto al valor agregado IVA generado por la supuesta prestación de sus servicios en forma independiente. Omitir dicha declaración puede ocasionar serias consecuencias tributarias e incluso penales, para el trabajador. Si el trabajador realiza la declaración del IVA su salario disminuye un 12% correspondiente a la tasa del IVA. Es necesario tomar en cuenta que el trabajador, que por el fraude legal es considerado como proveedor de servicios, no puede descontar ningún débito fiscal ya

que su actividad laboral, al realizarse bajo la dependencia continuada de su empleador, no le ha generado ningún gasto. Por esta razón su salario se disminuye considerablemente si decide cumplir con la obligación fiscal de declarar el 12% del IVA del supuesto servicio o trabajo independiente. Además el trabajador también está obligado a sujetarse al régimen del impuesto sobre la renta y debe realizar las declaraciones que le correspondan según el nivel de renta que le corresponda.

b) Si el trabajador acciona ante las autoridades para declarar la relación laboral y logra un fallo judicial favorable, queda exonerado de cumplir las obligaciones fiscales debido a que al no existir el hecho generador del impuesto también desaparece la obligación de declararlo. Pero si el trabajador otorga facturas al empleador y no realiza ninguna acción para declarar el fraude legal del disfraz de su relación de trabajo, entonces adquiere todas las obligaciones fiscales que corresponden a un trabajador independiente o un proveedor de servicios. Desde la posición del empleador y dentro del ámbito creado por el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo se producen las mismas consecuencias pero, desde la perspectiva patronal, este fraude constituye una terrible evasión de impuestos. Esto sucede así: el empleador utiliza la factura emitida por el supuesto proveedor, el cual en realidad es un trabajador subordinado, para declararla como un gasto dentro del cómputo de sus operaciones.

Este gasto o crédito disminuye el monto total de impuesto al valor agregado que el empleador, como contribuyente, debe entregar a la Superintendencia de Administración Tributaria. De esta manera el empleador utiliza la factura emitida por cada trabajador para realizar una fraudulenta disminución del impuesto al valor agregado que genera

por la venta de los servicios o mercancías que produce a través de su actividad empresarial. Entre más trabajadores coloque en el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo mayor será la defraudación que realice al fisco con relación al impuesto al valor agregado.

Si el trabajador realiza con éxito una acción para declarar el fraude legal del disfraz de su relación de trabajo puede ampliarse la acción ante la SAT para que se requiera al empleador la declaración correcta del IVA lo cual puede producir el requerimiento de pago de multas e intereses y posiblemente también la deducción de responsabilidades penales debido a la defraudación tributaria que ha realizado el empleador.

4.2 Competencia desleal e inseguridad jurídica:

Los empleadores como grupo social resultan afectados cuando se extiende la práctica de este fraude legal. El primer aspecto que los perjudica es la existencia de condiciones desleales para la competencia, debido a que los empleadores que realizan este fraude obtienen una ventaja competitiva desleal ante los que no lo realizan.

Otro aspecto es que al generalizarse la realización de este fraude y al prosperar las acciones de los trabajadores en contra de la desprotección que éste provoca entonces se genera una situación inseguridad jurídica en el sentido que los empleadores pierden la certeza de contratar con seguridad servicios personales verdaderamente independientes sin el riesgo de que posteriormente sean considerados como trabajadores asalariados. También puede producirse un problema de disminución en la

productividad pues los trabajadores sometidos a este fraude tienden a profundizar un sentimiento de frustración hacia la empresa con la consiguiente disminución de su productividad.

4.3 Responsabilidad ante terceros:

La desprotección que genera la práctica del disfraz de la relación laboral puede ocasionar daños a la salud y seguridad de las personas e incluso daños a la propia sociedad en su conjunto. La evidencia más clara de este efecto puede apreciarse observando el funcionamiento del servicio de transporte público en la ciudad de Guatemala. Desde hace varios años las empresas de transporte colectivo público y de servicio de taxi han realizado el siguiente fraude legal de disfraz de la relación de trabajo: celebran un contrato de arrendamiento de vehículo o de bus con el piloto y así el empleador evade el pago de prestaciones laborales. La cuota o el precio del arrendamiento se pactan en un precio que debe ser cancelado en forma diaria. Este precio es fijo y el piloto o supuesto arrendatario del vehículo debe conducir el vehículo procurando obtener un ingreso que le permita pagar la cuota del supuesto arrendamiento y aparte debe procurarse diariamente, una proporción de ingresos que le permitan su subsistencia.

De esta manera se produce un fenómeno en donde el empresario propietario de los vehículos de transporte público aparenta asociarse con otro empresario que en este caso es el piloto. Según el Código de Trabajo los pilotos de vehículos que realizan la conducción de carga y de pasajeros son trabajadores, eso quiere decir que prestan sus

servicios se ubican dentro del ámbito de una relación de trabajo. Esta situación constituye un evidente de disfraz de la relación de trabajo. Sin embargo los trabajadores del servicio de transporte de carga y de personas que laboran bajo este fraude asumen los riesgos del empresario como propios. En otras palabras: si no consiguen pasajeros, en el caso del transporte colectivo público de la ciudad de Guatemala, entonces no tienen ingresos propios. Esta es una de las razones por las que el funcionamiento del servicio colectivo público es caótico, desordenado y peligroso. Basta observar cualquier calle o avenida para apreciar la competencia feroz entre los pilotos y sus ayudantes para obtener pasajeros. Estos pilotos falsamente se consideran empresarios y luchan por el pasaje que a la vez es la fuente de su subsistencia. Mientras tanto el propietario de los vehículos que es el verdadero empresario obtiene ganancias seguras y sin riesgo alguno.

Esta situación también produce una terrible inseguridad ya que en el caso de accidentes las responsabilidades civiles deben ser asumidas por el propietario de la unidad en forma solidaria con el piloto, aunque éste no haya sido declarado como trabajador de la empresa. Pero puede observarse que en muchos casos de accidentes las empresas evaden su responsabilidad dejando como único responsable al piloto.

Con base en esta consideración puede afirmarse que todos los esfuerzos que las autoridades municipales realizan para ordenar el tráfico en la ciudad de Guatemala enfrentan un terrible obstáculo mientras los empresarios del transporte urbano colectivo no reconozcan la relación laboral con sus trabajadores.

Otra manera de producir serios daños ante terceros es cuando este fraude se comete por el propio Estado al disfrazar la relación laboral de empleados y funcionarios públicos mediante una contratación civil o mercantil.

Si una persona está contratada por servicios profesionales en el Estado, se presupone que no se encuentra dentro de la relación funcional ni dentro de la estructura jerárquica que este tiene. En ese sentido, está incapacitado para realizar actos administrativos. Si realiza funciones administrativas todos los actos realizados por él pueden ser declarados nulos y sus resoluciones no obligan a las partes ni nacen a la vida jurídica, toda vez que la persona que las emite no posee la legitimación para tales actos por no ser un empleado del órgano administrativo a quien representa. Tampoco es posible que una persona contratada como proveedor de servicios a la administración pública pueda disponer de las partidas del presupuesto público y tampoco puede dirigir personal. Estos actos también constituyen una arbitrariedad debido a que la persona nombrada en el puesto no es un empleado o funcionario público sino ha sido contratado como un proveedor de servicios y así no puede realizar funciones que son propias de los empleados o funcionarios públicos.

Las organizaciones sindicales consideran que esta situación es grave sobre todo cuando se comete este fraude en puestos que implican la inspección o la supervisión del cumplimiento de las leyes tales como: Inspectores de la Superintendencia de Administración Tributaria, la Procuraduría General de la Nación o el personal de la Procuraduría de los Derechos Humanos.

Por ejemplo, en un ministerio del Organismo Ejecutivo se contrata por servicios profesionales a una persona para que labore como notificador, el trabajo de esta persona consiste en dar a conocer a los ciudadanos las resoluciones que la autoridad administrativa emita dentro de un procedimiento administrativo. El Artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que: “solamente los funcionarios públicos, y no los proveedores de servicios, son depositarios de la autoridad. Sus funciones son indelegables en otro de tipo de personas”. La Contraloría General de Cuentas prohíbe expresamente a cualquier persona contratada bajo el renglón presupuestario 029 manejar fondos públicos, tomar decisiones y dirigir personal. Por esta razón cualquier acto administrativo realizado por una persona contratada en el rubro 029 es nulo ipso jure.

Un ejemplo claro lo tenemos con las notificaciones cuya condición esencial para su validez es que se realice por un notificador quien debe elaborar una cédula o constancia de que ha notificado la resolución. Esta cédula o constancia es un documento que debe ser elaborado por un empleado público para que pueda producir fe y ser valorado como plena de prueba, tal y como lo establece la ley procesal. Pero sí la persona contratada como notificador por el Estado es registrada como un trabajador sin dependencia bajo lo que se conoce como renglón 029, entonces esta persona no tiene el carácter de empleado público y en ese caso las notificaciones son nulas y podría dejar sin efecto los actos administrativos de la autoridad pública. Por el contrario si el Estado reconoce que el notificador sí labora en condiciones de dependencia entonces lo está reconociendo como empleado público y las

notificaciones serán validas; pero deberán pagársele, al trabajador, todas las prestaciones sociales que se le adeudan. En la actualidad existen varios casos de notificadores de entidades públicas que están contratados como proveedores de servicios personales temporales sin dependencia y que legalmente carecen de la calidad de empleados públicos. Esto no solo provoca desprotección social de los trabajadores sino además también deteriora la eficacia de la administración pública en detrimento de la tutela del bien común.

Son relevantes los casos en que se delega la representación del propio Estado a personas contratadas como proveedores de servicios y no como empleados o funcionarios públicos. En estos casos el daño es considerable ya que se afectan los intereses del Estado y pueden afectarse directamente los intereses de los ciudadanos en casos concretos de abusos y arbitrariedades.

Lo mas incoherente es que en la actualidad la administración pública contrata los servicios de abogados y notarios bajo el renglón 029 y dichos profesionales, quienes por mandato legal están obligados a conocer las leyes, sus derechos y obligaciones; aceptan estos contratos que son lesivos a su dignidad, decoro y profesionalismo ya que violan flagrantemente sus derechos como trabajadores y además crean la figura de una competencia desleal con sus colegas.

Posiblemente los obliga a tomar esta medida la necesidad de obtener un empleo inmediato, el hecho de contar con un ingreso para ellos y sus familias debido a la crisis

económica y al alto nivel de desempleo actual. Pero eso no justifica que hombres y mujeres de derecho permitan un acto doloso que va en detrimento de su persona, de sus familias e incluso de su prestigio profesional pues los hace quedar como ignorantes del marco jurídico del país.

CAPÍTULO V

5. El contrato de trabajo

Las relaciones entre trabajadores y patronos, están reguladas en Artículo 102 de la Constitución Política de la República de Guatemala, allí se establecen las prestaciones laborales mínimas a favor de los trabajadores. El Código de Trabajo desarrolla en forma más extensa los preceptos constitucionales, y existen otras leyes que complementan las relaciones de los trabajadores con los patronos, específicamente las relaciones de los trabajadores del Estado con este, entre ellas encontramos: la Ley de Servicio Civil, la Ley del Servicio Municipal, la Ley de Servicio del Organismo Legislativo, la Ley de Servicio del Organismo judicial y Ley de Clases Pasivas del Estado; complementado por los pactos colectivos de condiciones de trabajo y los contratos colectivos de trabajo.

La relación entre patrono trabajador es tutelar a favor de este, quiere decir que la ley protege integralmente al trabajador frente al patrono para nivelar la desigualdad económica entre ambos y establece prestaciones laborales mínimas para este, las que el patrono debe cumplir obligatoriamente. De acuerdo a la ley, para que se perfeccione el contrato individual de trabajo, basta con que se inicie la relación de trabajo que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de ejecución de la obra, aun cuando no exista un contrato por escrito, no obstante de ser obligatorio. En caso de incumplimiento de alguna de las partes, asiste el derecho de reclamar el pago de daños y perjuicios en la vía ordinaria, pero bajo la modalidad de un juicio ordinario laboral que se entabla contra la parte que haya incumplido con lo pactado.

Aunque las relaciones laborales entre el Estado y sus trabajadores se rigen por la Ley del Servicio Civil y otras leyes especiales, por el principio de la norma más favorable al trabajador, se aplicaría la disposición del Código de Trabajo a dichos trabajadores, si el Estado incumpliera lo pactado antes de iniciarse la prestación del servicio público pues existe un vacío legal en la Ley del Servicio Civil para casos como este.

5.1 Contrato individual de trabajo:

5.1.1 Naturaleza jurídica:

La naturaleza jurídica de este contrato está la subordinación y dependencia que se da en relación a quien realiza la obra o presta el servicio y aquel que lo recibe. El elemento subordinación sirve para diferenciar la relación de trabajo de otras prestaciones de servicios; ese término es la consecuencia de una larga y fuerte controversia doctrinal y jurisprudencial.

Por subordinación se entiende, de una manera general, la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el patrono, en virtud de la cual está obligado el primero, en la prestación de sus servicios, a cumplir sus obligaciones y las instrucciones dadas por el segundo para el mejor desarrollo de las actividades de la empresa.

El concepto de relación individual de trabajo incluye el término subordinación para distinguir las relaciones regidas por el derecho del trabajo, las que se encuentran reguladas por otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo las leyes laborales conexas, pactos colectivos y convenios y tratados internacionales en materia laboral.

Con el objeto de penetrar ahora en el problema de la relación de subordinación, diremos que es una naturaleza jurídica que se descompone en dos elementos: una facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa; y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo.

No se trata de una subordinación y dependencia por la cual el trabajador quede a merced del arbitrio de cualquier actitud patronal, sino únicamente a aquellas que se deriven de la ley y la técnica para la mejor consecución de los resultados productivos, por cuanto el trabajador en todo caso está protegido por una serie de garantías que se configuran en la legislación laboral.

5.1.2 Definición:

El Artículo 18 del Código de Trabajo, define así al 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”.

5.1.3 Elementos del contrato individual de trabajo:

Estos pueden ser esenciales y personales.

Los elementos esenciales son:

- a) Que se preste un servicio o se ejecute una obra en forma personal pues a otra persona la ley no le permite realizar las labores propias del trabajador.
- b) Que exista dependencia continuada del patrono, es decir que el patrono provea al trabajador todo lo necesario para la ejecución de la obra.
- c) Que exista dirección inmediata o delegada de uno o varios representantes del patrono, es decir que el trabajador esté bajo las instrucciones de algunos de estos, y
- d) Que a cambio del servicio exista una retribución eminentemente económica y las demás prestaciones de ley.

Elementos personales:

- a) Patrono y/o su representante; y
- b) El Trabajador.

5.2 Efectos del contrato individual de trabajo:

5.2.1 Derechos y obligaciones de los trabajadores:

Los derechos y obligaciones de los trabajadores son los que se derivan del contrato de trabajo, por su naturaleza, características y las disposiciones que tiene la legislación laboral aplicable. Tratándose de trabajadores del sector privado, las obligaciones de los patronos contenidas en el Artículo 61 del Código de Trabajo, son parte de los derechos de esos trabajadores. Los derechos de los trabajadores del sector público están contenidos en el Artículo 61 de la Ley de Servicio Civil y demás leyes aplicables tanto nacionales como internacionales en materia de trabajo y previsión social.

5.2.2 Derechos y obligaciones de los patronos:

Los derechos y obligaciones de los patronos son los que se derivan del contrato de trabajo, por su naturaleza y características, y las disposiciones que tiene la legislación laboral aplicable. Tratándose de patronos del sector privado, las obligaciones de los trabajadores contenidas en el Artículo 63 del Código de Trabajo, son parte de los derechos de esos patronos; los derechos del Estado como patrono, están contenidos en el Artículo 64 de la Ley de Servicio Civil y demás leyes aplicables.

5.3 Nulidad de los contratos individuales de trabajo:

Según el Artículo 22 del Código de Trabajo: “en todo contrato individual de trabajo deben entenderse incluidos por lo menos, las garantías y derechos que otorgan a los trabajadores la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Trabajo, sus reglamentos, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo demás leyes de trabajo o de previsión social. Por tanto es nulo todo contrato que contenga estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación a los derechos laborales reconocidos en la ley.”

5.4 Clasificación del contrato individual de trabajo:

5.4.1 Contrato por tiempo indeterminado: no se especifica fecha para su terminación.

5.4.2 Contrato a plazo fijo: señala fecha para su terminación o si se ha previsto el acaecimiento de algún hecho o circunstancia como la conclusión de una obra, que forzosamente ha de finalizar la relación de trabajo.

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

Sobre la anterior clasificación debe advertirse que, la presunción legal establece que todo contrato de trabajo se tiene por celebrado por tiempo indefinido. Es decir, que este es el supuesto general y las otras dos situaciones son especies de carácter excepcional o accesorio, por lo que cuando no se dice plazo, debe entenderse que es por tiempo indefinido. Solamente cuando hay estipulación lícita y expresa en contrario, se puede considerar como celebrado a plazo fijo o para obra determinada. En consecuencia, los contratos ya enunciados, cobran eficacia jurídica cuando así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio. Pero cuando las actividades de una empresa son permanentes, si al vencimiento de dichos contratos, la causa que les dio origen subsiste, se debe entender que el contrato será por tiempo indefinido.

En la actualidad, muchos patronos acuden a sustitución patronal, a la sub contratación o a la tercerización en la contratación laboral para inhibirse del cumplimiento de sus obligaciones legales. Esto debe ser duramente sancionado por el dolo directo que conlleva el uso inadecuado de estas instituciones del derecho laboral, pero para ello es necesario que se propongan y se hagan reformas de fondo al Código de Trabajo y al Código Penal, elevando tanto el monto de la sanción económica como las penas para castigar severamente este tipo de maquinaciones fraudulentas que van en detrimento del trabajador y que constituyen por sí una forma de falsedad material e ideológica.

5.5 Contrato colectivo de trabajo:

5.5.1 Antecedentes:

El contrato colectivo de trabajo fue motivo de preocupación y contienda por parte de los defensores del derecho civil formal e individual. En el siglo XIX no existieron estudiosos o tratadistas del derecho del trabajo, razón por la que los estudiosos del derecho civil se encontraron frente a una nueva figura jurídica, la cual se prestaba a discusiones acerca de su licitud, naturaleza y efectos.

Una primera situación que les desconcertaba de esta noble institución fue que en tanto desde el punto de vista del derecho individual un contrato, era un acuerdo de voluntades entre las partes, a quienes exclusivamente ligaba, este tipo de nueva contratación la realizaba una asociación obrera para normar las relaciones individuales de sus socios con el patrono: el contrato colectivo pretendía crear una doble relación jurídica entre la asociación profesional obrera, titular del interés profesional y general del grupo y el empresario y a la vez otra entre cada trabajador y el patrono.

Por otra parte este nuevo tipo de contratación planteaba otros problemas:

- a) su obligatoriedad para los miembros de la asociación que lo pactaba;
- b) su eventual extensión a terceros; y,
- c) su inderogabilidad para unos y otros.

El segundo de los problemas indicados no lo pudieron resolver desde la óptica del derecho civil, ya que según ellos, los terceros no podrían quedar ligados por el acto al

que eran ajenos, ya que para ellos el principio de que el acto únicamente liga a las partes, era una regla inderogable del derecho privado. La inderogabilidad del contrato colectivo tampoco encontró una respuesta satisfactoria y hubo que conformarse con una posibilidad de daños y perjuicios.

Con el surgimiento del derecho laboral como una rama del derecho público, se disiparon muchas dudas y se resolvieron muchas controversias que se habían originado, dando paso a una innovadora forma de contratación especial, que colocaba en situación de igualdad a las partes que intervenían en el contrato.

5.5.2 Definición:

El contrato colectivo de trabajo es el que se celebra por uno o varios patronos o una asociación patronal y un grupo de asociaciones, con objeto de fijar las condiciones de prestación de los servicios que deberán observarse en la celebración de los contratos individuales de trabajo.

El Código de Trabajo faculta a los patronos para contratar el servicio que va a prestar el trabajador, no únicamente en forma individual, sino también colectivamente. En países como México, es muy usual la contratación colectiva, no así en el nuestro, que se da en casos muy aislados, pues por la mentalidad semi feudal que priva en las empresas no se aceptan a las organizaciones de trabajadores. Adicional al contrato colectivo, están los convenios colectivos que se suscriben cuando los trabajadores solo están organizados bajo la figura de un grupo coaligado o comité ad hoc.

El Artículo 38 del Código de Trabajo establece: “contrato colectivo de trabajo es el que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, por virtud del cual el sindicato o sindicatos de trabajadores se comprometen, bajo su responsabilidad, a que alguno o todos sus miembros ejecuten labores determinadas, mediante una remuneración que debe ser ajustada individualmente para cada uno de éstos y percibida en la misma forma”.

De dicho lo anterior se desprende lo siguiente:

- a) Únicamente se puede celebrar entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos o uno o varios Sindicatos de patronos;
- b) Es el Sindicato el responsable de que se cumpla con las labores contratadas;
- c) Las labores a ejecutarse deben estar claramente determinadas en el Contrato colectivo;
- d) El salario debe ajustarse en el contrato colectivo, en forma individual;
- e) El salario lo recibe personalmente el trabajador y no el Sindicato;
- f) No se celebran ni suscriben contratos individuales de trabajo.

5.5.3 Requisitos:

De conformidad con el Artículo 39 del Código de Trabajo: “para que el contrato colectivo de trabajo exista es obligatorio celebrarlo por escrito en 3 ejemplares: uno para cada una de las partes y otro que el patrono queda obligado a hacer llegar a la Dirección General de Trabajo, directamente o por medio de la autoridad de trabajo más cercana, dentro de los 15 días posteriores a su celebración. La omisión de los

anteriores daría lugar a que el sindicato o sindicatos de trabajadores queden libres de la responsabilidad que hayan contraído y a que dicho contrato se transforme en tantas relaciones individuales de trabajo como trabajadores están ligados por él”.

Además, según el Artículo 40 del Código de Trabajo el contrato colectivo de trabajo debe contener:

- a) “Nombre completo de las partes que lo celebran;
- b) Señalamiento de los documentos con los cuales las partes acreditan su personería;
- c) La empresa o sección de la empresa o lugar de trabajo que abarque; y,
- d) Las demás estipulaciones de los contratos individuales de trabajo”.

5.6 El contrato de servicios profesionales:

El Decreto Ley 106 Código Civil en diez Artículos, del 2027 al 2036 norma lo referente a los contratos por servicios profesionales y al respecto preceptúa que: “los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago”. El término honorarios no debe encubrir a un verdadero salario.

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. A este respecto se puede decir que una de las diferencias principales entre honorarios y salario es que aquellos se rigen por un arancel previamente establecido,

mientras que el salario se rige por el acuerdo gubernativo que fija el salario mínimo para diversas actividades laborales o bien por lo pactado entre las partes si el salario es superior al mínimo.

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. El trabajador únicamente debe justificar y comprobar su pago mediante la prestación del servicio para el que fue contratado.

En los servicios profesionales, si varias personas encomendaren un mismo negocio o solicitaren servicios profesionales en un mismo asunto, serán solidariamente responsables por el pago de los honorarios y gastos causados con tal motivo. El trabajador en cambio no puede estar al mismo tiempo laborando para 2 patronos, salvo el caso de incompatibilidad entre dos o más relaciones laborales a pesar de que la exclusividad para la prestación de los servicios o ejecución de una obra no es característica esencial de los contratos de trabajo.

Cuando varios profesionales hubieren prestado 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.

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

intervinieron. El trabajador por el contrario no puede pactar en contra de sí para renunciar al pago por la prestación del servicio.

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

El trabajador tiene la obligación de un período de preaviso en caso de renuncia a una relación laboral, e igualmente responde por lo daños y perjuicios que cause a su patrono por no cumplir con el preaviso.

Si la persona que contrató los servicios profesionales no está conforme con desarrollo de los mismos, con los actos o con la 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. Al trabajador le asiste el derecho de percibir una indemnización por tiempo de servicio en caso de despido injustificado o ser reinstalado si se encuentra en una de las causales específicas para gozar de inamovilidad.

Las personas que, sin poseer título facultativo o autorización legal, presten 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 trabajador está obligado a acreditar su especialización al iniciar la relación laboral, tanto con los documentos que acrediten sus estudios y con un período de prueba de dos meses durante los cuales el patrono puede dar por terminada la relación laboral sin responsabilidad de su parte. Asimismo también será causa justa de despido si el trabajador ha inducido en error al patrono, pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste luego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales haya sido contratado

5.7 El contrato civil como disfraz:

Usar el contrato civil como disfraz de la relación de trabajo es una forma devolver a la prehistoria en el derecho del trabajo. En el siglo XIX, antes de que existiera el derecho laboral como disciplina jurídica independiente, el trabajo de las personas se regulaba por el derecho Civil. Precisamente por la inadecuada protección social que sufrían los trabajadores debido a las inoperantes normas jurídicas civiles fue que se creó un régimen o materia legal específica para las relaciones laborales en la nueva economía capitalista de esa época. Todo esto sucedió durante el siglo XIX. Por eso disfrazar la relación de trabajo con un contrato civil, en el siglo XXI, es como volver al pasado lejano, en donde no existía protección social para los trabajadores. Una de las formas

más comunes de disfraz a través del contrato civil es la celebración de un contrato de servicios profesionales. Se realiza cuando el empleador contrata a una persona bajo las condiciones establecidas en el Código Civil para los servicios profesionales.

En este caso pueden darse dos situaciones:

1. Que la persona contratada no sea un profesional universitario y que su trabajo lo realice en forma empírica, dependiente o subordinada.
2. Que la persona contratada sí sea un profesional universitario pero las características del servicio que presta corresponden a las de una relación laboral y no a las de un trabajo independiente de naturaleza civil.

En ocasiones el empleador, público o privado, puede celebrar un contrato de servicios profesionales y denominarlo como servicios técnicos o administrativos. Aún en esta situación se aplica el mismo análisis expuesto anteriormente. El disfraz es más evidente si la persona ha sido contratada como profesional sin poseer el título universitario que lo acredite como tal.

En este caso el contrato civil es totalmente falso o nulo porque para realizar un verdadero contrato de servicios profesionales la persona empleada tiene que ser un profesional universitario y debe estar colegiado ya que esto es una condición impuesta por la Constitución Política de la República de Guatemala y por la Ley de Colegiación Obligatoria. Otra forma de disfraz es la utilización de la figura civil de contrato de obra o empresa. Esto se realiza cuando se celebra un contrato según los Artículos 2,000 al

2,026 del Código Civil. En este caso lo que determina la situación de disfraz es si el servicio que presta el supuesto contratista se realiza bajo las características de un trabajo dependiente o subordinado. Para que exista un verdadero contrato de obra es necesario que ésta se realice sin subordinación (dependencia continuada y dirección), por el contrario si se dan estos elementos entonces el verdadero contrato o relación es de naturaleza laboral.

También es común la utilización del contrato de arrendamiento de bienes muebles como forma de disfraz de la relación de trabajo. Esto lo realizan principalmente las empresas que prestan servicios de transporte público colectivo o de taxi. El fraude consiste en que supuestamente se arrienda o alquila un vehículo al piloto que lo conduce a cambio del pago de una renta o cuota diaria. En estos casos de disfraz el empleador es el propietario del vehículo y organiza la forma en que se realiza la actividad económica de prestar el servicio de transporte colectivo.

Por esa razón prevalece el carácter subordinado del trabajo que el piloto realiza, existe subordinación porque hay dependencia continuada del trabajador ya que depende continuamente de se le proporcione el vehículo que es propiedad del empleador, y que sea el mismo empleador o propietario del vehículo quien establezca la manera en que debe prestarse el servicio, especialmente cuando las rutas son controladas por el propietario del vehículo. Una manera grosera de realizar un contrato civil de arrendamiento como disfraz de la relación de trabajo es cuando se le denomina contrato de arrendamiento de servicios. El trabajo de las personas no puede ser

considerado una mercancía o una cosa y constituye un derecho estrictamente personal. Por esa razón es imposible realizar un arrendamiento de servicios personales en cuanto que solo pueden darse en arrendamiento cosas según lo establece el Artículo 1,880 del Código Civil.

5.8 El contrato mercantil como disfraz:

La transformación del mercado de trabajo producto de la globalización constituye, el escenario bajo el cual se realizan, con la justificación de generar empleo, la contratación de supuestos trabajadores independientes bajo formas de contrato mercantil. El fraude en la utilización de contratos mercantiles como disfraz de la relación laboral es de la misma naturaleza que el que se comete con contratos civiles.

El contrato de suministro periódico de servicios es una de las maneras más comunes de disfrazar la relación laboral con un contrato mercantil. En estos casos una persona constituida como comerciante, aparentemente vende servicios de carácter personal a otra persona. Por ejemplo el suministro del servicio de limpieza de edificios, oficinas, fábricas, hogares. Sin embargo si la persona que ofrece el suministro lo hace bajo la subordinación de quien lo contrata, prevalecerá la relación laboral.

Otra forma es el contrato estimatorio en donde una empresa mercantil entrega mercadería en consignación a personas que ofrecen pagar el precio de la misma si la venden o devolverla en caso de que esto no sea posible venderla. Lo que realmente puede estar ocurriendo es que la relación laboral de los vendedores está siendo

disfrazada a través de un falso contrato mercantil. Nuevamente lo que determinará el establecimiento de la verdad es si existe o no subordinación en la prestación de los servicios.

Existen otras formas de contrato mercantil tales como: transporte, participación, el contrato de distribución, etc. Al igual que los casos anteriores lo que determina la verdadera naturaleza jurídica del contrato es la existencia o no de subordinación.

Todas estas modalidades de disfraz pueden ser realizadas por empleadores del sector privado o público. Incluso los organismos internacionales y las organizaciones no gubernamentales pueden realizar estos mismos fraudes denominándoles con nombres similares o diferentes a los expuestos, pero en realidad constituyen los mismos casos de disfraz de la relación de trabajo.

En una situación de disfraz de la relación de trabajo a través de falsos contratos civiles o mercantiles pueden ocurrir:

- Que el empleador omita realizar la documentación del contrato civil o mercantil. En este caso el empleador no tendrá la posibilidad de demostrar documentalmente la existencia del contrato civil o mercantil.
- Que el empleador sí documente el contrato civil o mercantil. En esta situación el empleador tiene documentos pero hay que recordar que según el principio de primacía de la realidad lo que determina la verdadera naturaleza de la relación de trabajo no son los documentos sino los hechos.

- Que el empleador exija facturas al trabajador a cambio del pago del salario que le corresponde. En este caso el empleador cambia la denominación de salario por la de honorarios. Estas situaciones constituyen circunstancias muy particulares para cada caso concreto, pero no afectan en absoluto la aplicación de las leyes laborales siempre y cuando se logre determinar el fraude del disfraz de la relación de trabajo.

5.9 La subordinación, elemento fundamental de la relación de trabajo:

La legislación laboral nacional establece los criterios legales que permiten diferenciar una relación o contrato de trabajo de un contrato civil o mercantil. El tercer párrafo del Artículo 19 del Código de Trabajo establece que: “todo trabajo realizado bajo las características del Artículo 18 del mismo cuerpo legal debe ser considerado como una relación de trabajo”.

La subordinación es la característica principal de un contrato o relación de trabajo y se encuentra establecida en el Artículo 18 del Código de Trabajo. La relación de trabajo se determina por la existencia de cinco indicadores:

a) La existencia de un vínculo económico-jurídico: implica que existe una relación entre el empleador y el trabajador. Este vínculo laboral debe ser económico porque el objeto de las obligaciones recíprocas entre las partes comprende un beneficio económico para cada uno de los sujetos. Es un vínculo jurídico por que la definición de poderes y deberes de las partes se encuentran regulados por la ley. No existe un vínculo económico cuando una persona presta un servicio a otra por motivo de amistad, de colaboración o ayuda comunitaria. En estos casos la causa que une a las personas no

es un beneficio económico sino el deseo de contribuir a la realización de una actividad, por ejemplo las personas que colaboran como voluntarias en diferentes actividades sociales. En cambio cuando una persona presta sus servicios debido a una causa económica entonces sí se produce un vínculo económico característico de las relaciones de trabajo.

b) Prestación personal del servicio: la persona que presta el servicio personal (el trabajador) en una relación laboral no puede ser sustituida por otra dentro de la misma relación porque el trabajo es un acto personal y no admite representación pero si sustituciones en casos específicos. Solamente los contratos de naturaleza civil o mercantil permiten que la persona que presta el servicio pueda ser, en algunas situaciones, sustituida por otra dentro de la misma relación contractual. Por ejemplo cuando se contrata a un profesional para la prestación de un servicio es posible que en el mismo contrato el empleador acepte que la persona que va a realizar el trabajo lo pueda realizar en coordinación o en forma conjunta con otro u otros profesionales. En una relación laboral una persona que cubre el puesto de otra se le denomina interino y está contratado dentro una relación de trabajo diferente.

c) Dependencia continuada: en una contratación de naturaleza jurídica laboral el trabajador se encuentra sometido a laborar dentro de la estructura organizativa del patrono, esto significa que el trabajador no podría realizar su trabajo si el patrono no le proporciona todo lo necesario para la ejecución de sus labores por ejemplo: materias primas, insumos e instrumentos. Por esta razón el Artículo 61 del este Código de Trabajo establece que “es obligación del patrono proporcionar al trabajador todo lo necesario para realizar el trabajo”. En una contratación civil o mercantil el contratante

no está obligado a proporcionar instrumentos o materias primas a la persona que se ha comprometido a realizar un trabajo, ya que ésta labora por cuenta propia, esto quiere decir que debe tener su propia herramienta y proveerse a sí misma de los insumos o materias primas que necesite para la realización del objeto principal del trabajo que se le ha solicitado.

En algunos casos los trabajadores, dentro de una relación laboral, pueden utilizar su propia herramienta y esto no significa que ha desaparecido la relación laboral ya que los materiales y herramientas principales son proporcionados por el empleador. Por el ejemplo: un obrero de la construcción puede utilizar sus propias herramientas de carácter personal pero todo el cemento, el hierro, los andamios, la estructura total de la obra es proporcionada por el empleador.

Dependencia continua significa concretamente que la persona que presta el servicio lo ejecuta dentro del ámbito de organización del empleador: utiliza las herramientas, las materias primas, los insumos, la organización administrativa, el mobiliario, la energía, etc. del empleador. Si todos estos elementos fueran del trabajador entonces se estaría ante un trabajo independiente o por cuenta propia.

En los casos correspondientes al trabajo a domicilio el empleador puede intentar disfrazar la relación de trabajo a través de un supuesto contrato mercantil de compraventa. En estas situaciones la ley es clara al indicar que dicho fraude constituye una simulación. De esta manera prevalece directamente el carácter jurídico laboral de

la relación entre el trabajador y el empleador debido a que el otorgamiento por parte del empleador de las materias primas perfecciona la relación de trabajo ya que existe una dependencia continuada del trabajador con respecto a su empleador.

d) Dirección: dentro de las relaciones de trabajo, y únicamente dentro de éstas, el trabajador debe cumplir el deber de diligencia. Este deber consiste en la obligación de obedecer las instrucciones que el empleador le indique sobre la manera en que debe ejecutar las labores para las cuales ha sido contratado. También comprende el poder del patrono de ejercer autoridad disciplinaria sobre el trabajador cuando éste desobedezca las instrucciones relacionadas únicamente con el trabajo para el cual ha sido contratado. Esta facultad del patrono es conocida como poder disciplinario. Estos dos aspectos, la obligación de acatar las órdenes del patrono o empleador y el derecho de éste de disciplinar el desempeño de aquel, comprenden la característica conocida como dirección y es propia y exclusiva de las relaciones laborales. En un contrato civil o mercantil de prestación de servicios personales no puede existir dirección ya que la persona que realiza el trabajo lo hace por cuenta propia, no recibe órdenes, ni tampoco puede estar sujeta al poder disciplinario del empleador.

Esto no significa que en ciertos casos excepcionales, establecidos en el Artículo 18 del Código de Trabajo, existan trabajos en los cuales el trabajador no necesita que el patrono ejerza dirección sobre su trabajo ya que por la naturaleza de las labores se requiere que el trabajador cuente con un mayor grado de formación profesional o capacitación de manera que pueda trabajar sin necesidad de ser dirigido por el patrono o sus representantes. Este es el caso de gerentes, directores, administradores y

demás puestos regulados en esta norma. En este caso la relación de trabajo existe debido a que si bien la dirección existe con menor intensidad siguen existiendo los demás elementos.

e) **Retribución:** desde el punto de vista general todos los contratos pueden ser onerosos o gratuitos. Un contrato laboral debe de ser oneroso pues el trabajador debe recibir a cambio de su trabajo una retribución de cualquier clase o forma. Si la persona desea y acepta realizar sus labores en forma gratuita (por ejemplo: un voluntario) entonces la relación con el empleador no puede ser considerada como un contrato individual de trabajo.

Para determinar si una persona trabaja en condiciones de subordinación es necesario revisar si concurren estos cinco elementos o indicadores en la forma o en la manera en que trabaja. Es importante señalar en estos casos que la dirección existe aunque sea en mínima intensidad. Por ejemplo un gerente de una sociedad anónima no recibe dirección inmediata del patrono, pero está sometido a los mandatos de la asamblea de accionistas a través del consejo de administración o del administrador único.

Esto no se aplica cuando hay una situación en donde el patrono omite el pago de salarios al trabajador y luego alega que éste se ofreció voluntariamente a realizar dicho trabajo en forma gratuita. En estas situaciones el reclamo del trabajador perfecciona el carácter oneroso de la relación de trabajo. Si se establece la existencia de los indicadores entonces, por mandato del tercer párrafo del Artículo 19 del Código de Trabajo, la relación que une al empleador y al trabajador es de naturaleza laboral.

Además de lo anterior, hay que considerar estos tres importantes aspectos:

- 1) Aunque el empleador y el trabajador le hayan dado un nombre distinto al contrato que suscribieron, por ejemplo: contrato de servicios profesionales, contrato de servicios administrativos, contrato de arrendamiento de vehículo, contrato de outsourcing, contrato de suministro, etc., si concurren los cinco elementos de una relación laboral entonces existe un contrato o relación es de trabajo.
- 2) Si el contrato de trabajo, caracterizado por estos cinco indicadores o elementos, coincide con otro documento de distinta naturaleza, prevalece el contrato de trabajo según lo regula el tercer párrafo del Artículo 18 del Código de Trabajo.
- 3) Es completamente irrelevante la ausencia de un documento que demuestre que existe un contrato de trabajo. Según el primer párrafo del Artículo 19 del Código de Trabajo el contrato existe y se perfecciona desde el momento en que se inicia la relación de trabajo y ésta se tiene por iniciada desde el momento en que el trabajador inicia a prestar sus servicios, en otras palabras inicia a trabajar en las condiciones establecidas en estos cinco elementos. Nuevamente lo que es jurídicamente relevante es la forma en que se ha trabajado (los hechos) y no la existencia de documentos.

Es común en el ámbito judicial guatemalteco, que los operadores de justicia se pregunten ¿cómo prevalece el contrato o relación de trabajo si el documento civil o mercantil no ha sido redargüido de nulidad o falsedad? La respuesta a su interrogante es la institución de la nulidad ipso jure. Si un empleador realiza el fraude legal de suscribir un contrato civil o mercantil con los trabajadores y esconder así la relación de trabajo, dicho documento es nulo por mandato de la ley. No es necesaria la

declaración judicial de nulidad del documento. Basta con que se establezca la existencia de los cinco elementos para declarar la relación de trabajo. La realidad prevalece sobre el documento y da lugar a la aplicación de la normativa correcta que, en estos casos, es la legislación y los principios laborales. Es así como lo establece el tercer párrafo del Artículo 19 del Código de Trabajo.

Los cinco elementos de un contrato o relación de trabajo se pueden constatar a través de la verificación de los hechos que caracterizan la forma en que se está prestando el servicio o ejecutando la obra. Cada uno de estos indicadores comprende diferentes hechos los cuales pueden demostrarse a través de los diferentes medios de prueba enmarcados en el Código Procesal Civil y Mercantil pues el Artículo 326 del Código de Trabajo estipula que: “en cuanto no contraríen el texto y los principios procesales que contiene este Código, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil y de la Ley Constitutiva del Organismo Judicial. Si hubiere omisión de procedimiento, los tribunales de trabajo y previsión social están autorizados para aplicar las normas de las referidas leyes por analogía, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución que decida imparcialmente las pretensiones de las partes. Las normas contenidas en este título se aplicarán a su vez, si no hubiere incompatibilidad, en silencio de las demás reglas del presente código”.

CAPÍTULO VI

6. Como diagnosticar una situación de disfraz laboral:

Una persona puede obtener un empleo a través de contrato civil o mercantil y existe la posibilidad que se encuentre en una situación de disfraz de la relación de trabajo. Para determinar si existe o no un fraude es necesario realizar un análisis y determinar si existen los elementos propios de una relación de trabajo.

Las siguientes preguntas pueden ayudar a establecer o a diagnosticar si existe o no una situación de disfraz de relación de trabajo:

- ¿Tiene usted un jefe o superior jerárquico en su trabajo?
- ¿Le han llamado la atención alguna vez por equivocarse en su trabajo?
- ¿Recibe órdenes o instrucciones sobre la manera en que debe trabajar?
- ¿Está sujeto a algún reglamento o manual de funciones en su trabajo?
- ¿Le envían memorandos de cómo debe realizar su trabajo?
- ¿Debe cumplir un horario de trabajo?
- ¿Si incumple el horario de trabajo, le llaman la atención?
- ¿El empleador le proporciona los instrumentos que utiliza para realizar su trabajo?
- ¿El empleador le proporciona las materias primas para realizar su trabajo?
- ¿Usted depende de la organización del empleador para realizar su trabajo?
- ¿Las oficinas o el lugar donde usted trabaja son propiedad del empleador?
- ¿Los vehículos que utiliza son propiedad del empleador?

Si la respuesta a estas preguntas es afirmativa entonces es posible que exista una situación de disfraz debido a que estas condiciones de trabajo son propias de un

empleo subordinado, dependiente o por cuenta ajena ya que constituyen elementos propios de la subordinación tales como: la dependencia continuada y la dirección.

Estas preguntas son solamente un ejemplo. Para determinar la existencia del disfraz de la relación de trabajo es necesario realizar un estudio particular para cada caso.

6.1 Autoridades competentes:

En Guatemala el incumplimiento de la ley y la debilidad institucional para garantizar su aplicación constituye la principal causa del problema del fraude del disfraz de la relación de trabajo.

Es una tendencia persistente en los países en desarrollo abandonar el uso correcto de los medios tradicionales que existen para ejecutar la ley. Por esta razón es muy difícil impedir que este tipo de fraude se deje de realizar, a menos, que se fortalezcan las instituciones y autoridades encargadas del cumplimiento de la ley. La única autoridad pública que puede declarar la validez de una relación laboral que ha sido disfrazada o encubierta con la apariencia de un contrato civil o mercantil de prestación de servicios personales son los tribunales o jueces de trabajo y previsión social.

Si un trabajador considera que su relación de trabajo ha sido disfrazada con un contrato civil o mercantil y desea obtener la declaración de sus derechos laborales debe plantear una demanda ordinaria ante un juez de trabajo. La Inspección General de Trabajo no puede declarar una relación de trabajo cuando exista una situación de

disfraz o encubrimiento, pero juega un papel muy importante en la constatación de los elementos o indicadores de la subordinación. Por ejemplo: Si una persona ha sido contratada por un empleador en una situación de disfraz de la relación de trabajo puede denunciar el hecho a la Inspección General de Trabajo. Por medio de un inspector de trabajo se deberá realizar una inspección en el lugar de trabajo. Este funcionario no podrá, mientras el empleador insista en mantener el fraude, declarar la existencia de la relación de trabajo. Pero sí es posible que establezca las condiciones laborales en que la persona denunciante está prestando sus servicios. El inspector puede constatar hechos que son propios de los indicadores de una relación laboral, tales como: establecer si existe o no un horario obligatorio de trabajo, establecer si se realizan procesos disciplinarios al trabajador denunciante por el desempeño de sus labores, establecer si los materiales, insumos e instrumentos de trabajo son propiedad del empleador, etc. Esta diligencia sería muy útil para la discusión de este asunto en un juicio ordinario laboral por que los hechos constatados por un inspector de trabajo a través del acta respectiva tienen valor probatorio de plena prueba según el Artículo 361 del Código de Trabajo que remite al Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil.

6.2 Procedimientos:

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo constituye un conflicto jurídico de carácter individual aunque no se descarta que también sea de carácter colectivo cuando los afectados se organizan. Por esta razón son competentes para conocer del conflicto los tribunales de trabajo y previsión social. El procedimiento que corresponde en este tipo de reclamaciones es el juicio ordinario. El juicio ordinario es

un proceso común de conocimiento y de declaración de derechos. En estos casos es necesario que el juez primero conozca los argumentos de ambas partes y luego de valorar, según las reglas legales correspondientes, las pruebas de cada una de las partes debe proceder a declarar o no los derechos laborales exigidos por el actor, en este caso la persona que se considera trabajadora del empleador.

Por eso es muy importante que el trabajador este en la capacidad de probar adecuadamente cada uno de los elementos o indicadores de la relación de trabajo ya que de eso, y únicamente de eso, debería de depender toda la posibilidad de éxito o fracaso de su reclamo.

Es necesario que la persona interesada en lograr el reconocimiento de la relación de trabajo plantee una demanda en contra del empleador. Esta demanda la puede plantear por dos causas:

a) Reclamar por el despido que considera injustificado. Cuando hay un fraude de este tipo el empleador simplemente termina el falso contrato civil o mercantil, entonces el trabajador tiene que considerarse despedido en forma directa ya que para él no existe un contrato civil o mercantil sino una relación laboral. Por esa razón la demanda se presenta como una reclamación por despido directo injustificado.

b) Reclamar directamente el reconocimiento de la relación de trabajo. Esto implica que la acción se presenta cuando la persona aún está prestando servicios al empleador y alega que el contrato civil o mercantil es nulo y que realmente existe una relación laboral por lo que reclama el pago de las prestaciones sociales mínimas que le

corresponden. Una vez planteado el juicio el juez de trabajo y previsión social debe impulsarlo de oficio. Si el empleador considera que no existe la relación de trabajo y plantea una excepción de incompetencia por razón de la materia debe hacerlo en el plazo de tres días después de ser notificado según lo establece el Código de Trabajo.

Otra forma para declarar la relación laboral es cuando existe un sindicato de trabajadores. En estos casos las personas contratadas falsamente a través de contratos civiles o mercantiles solicitan al sindicato de trabajadores que se les reconozca como afiliados. Al momento en que el trabajador y el sindicato reclamen ante el empleador las prestaciones laborales correspondientes corresponderá al empleador demostrar que no existe tal relación laboral.

Consideración especial merece la lamentable tendencia de muchos abogados, que asesoran empleadores que cometen este tipo de fraude, de plantear un conflicto de jurisdicción alegando precisamente que la naturaleza jurídica de la relación es civil o mercantil. En estos casos es evidente la improcedencia de esta acción en cuanto que el conflicto de jurisdicción tiene por objeto la discusión sobre a quién le corresponde la facultad jurisdiccional cuando se tiene duda entre una autoridad administrativa y una autoridad judicial. Pero no procede en absoluto para discutir la competencia civil o laboral de un asunto, porque el Código de Trabajo es claro que para los asuntos laborales prevalece el principio de especialización. Si esta excepción se plantea en tiempo entonces será tramitada como un incidente de hecho. En este proceso incidental se determinará si realmente existe una relación de trabajo.

En este caso el trabajador demandante tendrá dos días de audiencia para exponer los motivos por los cuales considera que sí existe una relación de trabajo. En esta exposición es muy importante explicar con claridad como se produjeron en la realidad los elementos de la relación de trabajo, según lo establece el Artículos 18 y 19 del Código de Trabajo. También es muy conveniente utilizar el contenido de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo e insistir en que en los conflictos laborales debe abordarse el debate según el principio de primacía de la realidad.

Si la excepción de incompetencia es declarada sin lugar entonces ha quedado demostrada la existencia de una relación de trabajo y el disfraz realizado a través de un falso contrato civil o mercantil. Si la excepción es declarada procedente entonces el actor es considerado como un trabajador independiente y carece de los derechos propios de una relación de trabajo.

Un aspecto importante de estos procesos incidentales es el período de prueba. Los hechos sujetos a prueba consisten en el establecimiento de los indicadores de la subordinación y pueden ser demostrados a través de todos los medios generales de prueba que establece el Código Procesal Civil y Mercantil.

Los empleadores plantean esta acción con el único propósito de suspender las audiencias del juicio ordinario. Por lo tanto el problema corresponde al control del ejercicio ético de los abogados ya que el abuso de procedimiento constituye una

violación al Artículo 19 del Código de Ética del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Tanto los jueces como la parte afectada deben denunciar a los abogados que abusan de los procedimientos planteando estas acciones que tienen como único propósito demorar la justicia.

Es importante enfatizar que la prueba de los indicadores que determinan la existencia de la relación laboral se debería realizar únicamente si el demandado ha planteado una excepción de incompetencia por razón de la materia. Si el demandado no plantea esta defensa y comparece a juicio ordinario laboral entonces el período de prueba no debería realizarse sobre la base de discutir la existencia o no de la relación laboral ya que la competencia ha sido aceptada por el demandado desde el momento que ha comparecido a juicio laboral sin oponer una excepción de incompetencia. La manera en que pueden utilizarse cada uno de estos medios de prueba depende de cada caso concreto. Es posible considerar como ejemplos generales los siguientes:

6.2.1 La confesión judicial:

A través de un interrogatorio dinámico puede plantearse al empleador demandado una serie de preguntas para determinar los aspectos esenciales de la subordinación: dependencia continuada y la dirección. Es importante que estas preguntas se diseñen sobre la base de los hechos alegados en el procedimiento judicial. Este medio de prueba también puede realizarse combinando el reconocimiento de documentos lo cual

lo hace bastante efectivo para demostrar la existencia de una relación de trabajo. Por ejemplo si en el empleador ha emitido manuales o reglamentos administrativos de trabajo en donde se establezcan instrucciones para los empleados puede pedirse el reconocimiento de los mismos a través de una serie dinámica de preguntas que permitan demostrar que efectivamente ejerció o ejerce dirección sobre el trabajador.

6.2.2 Documentos:

Este es un medio de prueba común y efectivo. El empleador que realiza el fraude del disfraz de la relación de trabajo normalmente presta mucha atención a la construcción del fraude. Muchas veces suscribe sendos contratos civiles o mercantiles con cláusulas en donde redacta con frenética insistencia, que no existe relación laboral. Pero en la administración del trabajo que realiza la persona contratada el empleador parece relajarse y lo trata como tal, es decir, como un empleado o trabajador subordinado. Le emite gafete de identificación, lo obliga a usar uniforme de la empresa y lo capacita. De esta cuenta muchos empleadores después de firmar los contratos civiles o mercantiles, terminan documentando instrucciones, órdenes, llamadas de atención, etc., en donde claramente ejerce dirección sobre el trabajador. Inclusive en el mejor de los casos, reconocen expresamente por escrito la existencia de un contrato de trabajo o de una relación laboral. Estos documentos administrativos del empleador constituyen valiosos medios de prueba de la existencia de la relación laboral y pueden ser utilizados como medio de prueba en el incidente en donde se discuta, a través de la excepción de incompetencia, la verdadera naturaleza jurídica de la materia de la relación que une al actor con el demandado.

Las actas de los inspectores de trabajo tienen el valor probatorio de plena prueba. Si antes del planteamiento del proceso judicial se realizó una diligencia de inspección en donde se hicieron constar las condiciones en que se realizaba el trabajo, entonces esta acta es un valioso documento de prueba de los elementos de la relación laboral.

6.2.3 Testigos:

Las declaraciones de los trabajadores que ejercen dirección y que representan al empleador son útiles. A través de interrogatorios dinámicos puede demostrarse la existencia de los elementos de la relación de trabajo. Por ejemplo un gerente general puede declarar como testigo ya que a él le consta que la dirección de la empresa se realiza a través de mecanismos y sistemas de control, evaluación y disciplina vertical que pueden ser aplicados a todos los trabajadores. Una declaración de este tipo demuestra la existencia de subordinación. Hay que tomar en cuenta que si declara lo contrario eso significaría que la empresa no tiene ningún mecanismo de control y eso es muy poco probable que sucede en el contexto económico actual.

6.2.4 Inspección ocular o reconocimiento judicial:

En conflictos colectivos de trabajo este medio de prueba es muy útil, ya que permite al juez determinar en forma directa algunos elementos de la relación de trabajo como la dependencia continuada. Por ejemplo, un juez puede llegar a una empresa y determinar directamente que las materias primas, los instrumentos y demás insumos son proporcionados por el empleador para la realización de los servicios que deben realizar las personas contratadas.

6.2.5 Presunciones:

Este medio de prueba previsto por el ordenamiento legal guatemalteco constituye más que toda una forma lógica de plantear los hechos que fundamentan el argumento a favor de la existencia de la relación de trabajo.

Si el empleador demandado omite el planteamiento de esta excepción de incompetencia por razón de la materia entonces el juez de trabajo y previsión social debe continuar el impulso del proceso y no puede aceptar que durante el juicio ordinario se discuta la naturaleza jurídica de la relación laboral que une al actor con el demandado.

Ha sido frecuente que los jueces comentan el error de aceptar la discusión de la naturaleza jurídica de la relación laboral durante el desarrollo del juicio ordinario. Esto lo hacen porque muchos empleadores que han sido demandados cometen el error de plantear en la contestación de la demanda el debate sobre la naturaleza o materia jurídica de la relación que le une con el actor. Esto es un grave error procesal por los siguientes motivos:

Según el Artículo 103 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el Artículo 283 del Código de Trabajo un juez de trabajo conoce únicamente reclamaciones relacionadas con conflictos laborales. Por lo tanto, una vez emplazadas las partes para comparecer a juicio oral laboral se da por hecho que la relación que les unió es de tipo o naturaleza jurídica laboral.

Si el demandado (el empleador) considera que la relación no es de tipo laboral sino por el contrario su naturaleza jurídica es de tipo civil o mercantil entonces necesariamente debe interponer la excepción de incompetencia por razón de la materia. Si el demandado no plantea la excepción de incompetencia por razón de la materia se produce una situación de prórroga automática de la competencia o lo que se conoce también como aceptación tácita de la relación laboral.

Por esta razón es que al momento en que el demandado comparece al juicio oral laboral sin interponer la excepción de incompetencia por razón de la materia se perfecciona el emplazamiento del juez de trabajo y previsión social, se está dando prevención al juez que emplaza, esto se regula en el Código Procesal Civil y Mercantil. A pesar que las leyes procesales son claras y no debería dar margen a confusión, en la judicatura muchos jueces de trabajo y previsión social permiten a los empleadores demandados que no plantearon la excepción de incompetencia contestar la demanda para discutir, dentro del período de prueba del juicio ordinario, la naturaleza de la relación jurídica que sostuvieron con el actor. Esto no solo es improcedente sino además, provoca una serie de obstáculos procesales y demoras injustificadas del juicio ya que el procedimiento probatorio se ve obstaculizado de esta manera: El procedimiento ordinario llega a la fase de prueba, si el trabajador que demandó ofreció como medio de prueba la exhibición de documentos por parte del empleador demandado, por ejemplo: contrato individual de trabajo, libro de salarios, planillas de pago de la cuota del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, etc. entonces el juez debe exigir la exhibición de los mismos.

Evidentemente el empleador demandado no exhibirá dichos documentos porque considera que no existe una relación laboral y que por tanto no está obligado a tenerlos. Pero a esas alturas del proceso ordinario la relación laboral ya fue aceptada por el demandado. Esto es así porque al comparecer a juicio ordinario laboral y al negarse a exhibir los documentos ofrecidos como pruebas por el actor, procede la aplicación de las consecuencias previstas en el Código de Trabajo.

Finalmente se deberá dictar una sentencia en donde, seguramente por no plantear la excepción de incompetencia o de haber sido declarada sin lugar, se condenará al empleador todas las prestaciones legales que correspondan. En esta sentencia laboral puede certificarse para el conocimiento de otras autoridades, por ejemplo: el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social o la Superintendencia de Administración Tributaria, todos los hechos que puedan constituir infracciones o defraudaciones por parte del empleador que ha cometido el fraude del disfraz de la relación de trabajo. Inclusive procede la certificación de lo conducente a la Inspección General de Trabajo para que establezca las omisiones en las que ha incurridos el empleador, por ejemplo: carecer de contratos de trabajo, de reglamento interior de trabajo, de informe anual, etc.

6.3 Las facturas. ¿Anulan la relación de trabajo?:

Las demoras judiciales injustificadas y la interpretación arbitraria de las leyes laborales por parte de los tribunales de trabajo y previsión social, constituyen la principal causa que genera la impunidad de los fraudes realizados por los empleadores para disfrazar la relación de trabajo. El Artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial y el Artículo 17

del Código de Trabajo establecen como deben interpretarse las leyes laborales. Los jueces tienen que interpretar la ley bajo las reglas que las propias leyes establecen.

Utilizar el criterio personal como base de interpretación de la ley para resolver conflictos es igual a: arbitrariedad. De esa forma la justicia pierde totalmente legitimidad. Si el Artículo 19 del Código de Trabajo indica que para determinar la existencia de un contrato o relación de trabajo debe apreciarse la concurrencia de los elementos fácticos establecidos en el Artículo 18 de esa misma ley, entonces es eso lo que el juez debe apreciar. Así lo regula ley, precisamente para proteger a los trabajadores contra el fraude del disfraz de la relación de trabajo. Sin embargo los jueces suelen dejar de lado la ley y atender a criterios personales como sucede al momento de valorar facturas emitidas por el trabajador para obtener el pago de su salario. Cuando un empleador exige facturas a una persona con el propósito de asegurar la efectividad del fraude y de disfrazar la relación laboral que verdaderamente les une, se tiende a pensar equivocadamente, que desde el momento en que se extiende la factura el trabajador ha perdido el derecho a reclamar las prestaciones laborales que son propias en una relación de trabajo.

Esta apreciación constituye un grave error. Las leyes laborales son de orden público, esto significa que la voluntad de las partes está limitada por la ley, entonces el suscribir una factura dentro de una situación de fraude legal no puede representar ningún efecto negativo en la posterior declaración de la relación de trabajo. Esto es así porque los hechos prevalecen sobre la voluntad de las partes.

Si una factura fuera suficiente para demostrar por sí misma la inexistencia de una relación de trabajo entonces también un documento en donde el trabajador haya firmado un contrato civil o mercantil podría dar el mismo efecto. Todos sabemos que esto no es posible, porque aunque el trabajador haya firmado un documento que contiene un contrato civil o mercantil, si la forma o modo en que realiza su trabajo es bajo condiciones de subordinación por mandato legal prevalece la relación laboral sobre todos esos documentos. Además se puede considerar lo siguiente:

a) Una factura es un documento obligatorio que todo contribuyente al IVA debe extender por los servicios que preste. Es muy importante establecer que la emisión de una factura al momento de recibir la remuneración por la prestación de un servicio presupone que este servicio ha sido prestado en condiciones de independencia o por cuenta propia. No tiene validez la emisión de una factura cuando el trabajo que se prestó fue realizado en condiciones de dependencia o subordinación.

b) A pesar de esto, los empleadores que cometen el fraude del disfraz de la relación de trabajo exigen al trabajador la presentación de una factura o de lo contrario no les pagan la retribución contenida. En este caso, aunque la factura haya sido otorgada por el trabajador, ésta no prueba por sí misma la inexistencia de la relación laboral ya que, como queda indicado, la relación laboral se establece examinando los hechos y no los documentos. Lo que determina la naturaleza jurídica de la relación de trabajo es la forma o modo en que se labora.

c) En todo caso, si el trabajador demuestra con pruebas suficientes la existencia de los indicadores de la relación laboral, ésta debe ser declarada por el juez. En este caso las facturas únicamente demuestran dos cosas:

1. El monto del salario percibido por el trabajador. No importa que en el texto de la factura se haya indicado que la retribución se realizó en concepto de honorarios y no en concepto de salario. Al declararse la existencia de la relación laboral estos documentos demuestran el monto del salario en vista de que el Artículo 1 del convenio 95 de OIT, ratificado por el Estado de Guatemala, establece que “es salario toda retribución que el empleador otorgue a un trabajador independientemente del nombre que se le dé y del modo de cálculo que se utilice”.

2. Demuestra la defraudación fiscal cometida por el empleador. Al declararse la validez de la relación de trabajo automáticamente se declara nulo el contrato civil o mercantil que se utilizó como disfraz de la relación de trabajo. Si se declara nulo el disfraz entonces es nulo también la declaración del crédito fiscal generado por un servicio personal que nunca fue independiente. En este sentido el empleador, como contribuyente al IVA, debe entregar a la SAT el impuesto que ha retenido, la multa y los intereses moratorios que correspondan.

d) Las facturas no demuestran la naturaleza jurídica de una relación de trabajo. Por lo tanto es un error considerar que su sola existencia niega el acceso a la protección social de una persona contratada para trabajar en condiciones de subordinación. Por el contrario la serie de facturas que el demandado presenta ante el juez demuestra el pago periódico de una cantidad de dinero y esto, según los criterios establecidos en el inciso b del párrafo 13 de la Recomendación 198 de la OIT, constituye un elemento para determinar la existencia de la relación de trabajo. No es relevante que se identifique a este pago bajo el concepto de honorarios ya que el Artículo 1 del Convenio 95 establece claramente que no importa la denominación que las partes le den a la

remuneración, de todas formas se considera salario a todo pago o retribución que el patrono otorgue a un trabajador por prestación de sus servicios subordinados.

6.4 Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT:

Al respecto la Organización Internacional del Trabajo señala: “es conveniente que cualquier acción que se impulse para enfrentar este fraude se realice bajo un adecuado proceso de diálogo social entre todos los actores y sectores de las relaciones de trabajo. Es importante que la generación de empleo y la protección de los trabajadores sean los objetivos prioritarios de las acciones a realizar desde la perspectiva de sectores particulares, principalmente para los sindicatos de trabajadores”. Las acciones que se proponen son las siguientes:

6.4.1 Acción sindical para proteger a los trabajadores del disfraz laboral:

Sobre la base de un análisis y discusión de los aspectos principales de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, se puede emitir una declaración del movimiento sindical guatemalteco en donde se aborde el problema del disfraz de la relación de trabajo y se exija al gobierno de Guatemala, a la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad la atención al contenido de la recomendación. Para ello es necesario que todos los dirigentes sindicales estudien y estén preparados para encarar los cambios políticos, sociales económicos y jurídicos que surjan. Asimismo es necesario que aúnen esfuerzos y se comprometan con su ideología, despojándose de todo interés mezquino por buscar beneficios personales y que luchen incansablemente por asistir y defender al trabajador.

6.4.2 Sistematización de casos:

Puede ser necesario el impulso de un proceso de sistematización de casos dentro de cada organización sindical. Esta sistematización puede realizarse en función de sectores: público, privado, de servicios, etc., y según el tipo de disfraz. Esta sistematización puede enfatizar en los casos en que este fraude afecta directamente la libertad sindical y la negociación colectiva. El propósito es contar con información básica que permita el planteamiento de acciones ante las autoridades públicas con el objeto de definir una política nacional en contra del disfraz de la relación de trabajo.

6.4.3 Implementación de certeza jurídica a los contratos de trabajo:

Con esto se podría llegar a la erradicación del fraude de la relación de trabajo, pues al establecer que los trabajadores han sido contratados bajo formas civiles o mercantiles, se estaría estableciendo ciertamente que se han deteriorado los derechos mínimos e irrenunciables. Para ello es necesario:

a) El planteamiento de denuncias ante la Inspección General de Trabajo para que en juicios concretos se verifique las condiciones de personas que se consideren en situación de disfraz o encubrimiento.

b) Impulsar una campaña de información a todos los trabajadores del sector público y privado porque el fraude atenta contra la vigencia de los derechos económicos y sociales de las personas y solo a través de un movimiento de divulgación de toda la sociedad en donde se de a conocer qué es y cómo actuar para la erradicación de un vicio de la declaración de voluntad que da paso a la comisión de un ilícito penal. El objetivo de esta campaña, sería establecer e informar claramente cuál es el sector a

quien más afecta este fraude y cuales son los empleadores que deterioran más los derechos que les corresponden a los trabajadores vinculados por una relación laboral, haciendo hacer énfasis en la situación de la mujer trabajadora principalmente en el caso de desprotección de la maternidad.

c) Plantear al Ministerio de Trabajo y Previsión Social una propuesta para definir un plan de acción tripartita que considere acciones efectivas en el cumplimiento de los aspectos propuestos en la Recomendación 198 de la OIT. Este plan puede considerar en especial lo siguiente:

- 1) Implementación de inspecciones de trabajo para determinar posibles situaciones de disfraz de la relación de trabajo en el sector público y privado.
- 2) Priorizar casos en donde se disfrace la relación de trabajo en el sector público.
- 3) Determinar sectores o empleos que requieran especial protección.
- 4) Definir acciones coordinadas con la Superintendencia de Administración Tributaria, con el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, con el Instituto Técnico de Capacitación y Productividad y el Instituto de Recreación de los Trabajadores de la Empresa Privada, con el propósito de abordar el problema de la defraudación en el pago de impuestos y cuotas que deriva de las situaciones de disfraz de la relación de trabajo que se están realizando actualmente.
- 5) Diseño de una propuesta de reforma legal para establecer sanciones severas en contra del disfraz de la relación de trabajo con el objeto de desmotivar la realización de este fraude.
- 6) Plantear ante la Corte Suprema de Justicia la necesidad de que se emita una acuerdo en donde se comuniquen a todos los tribunales de trabajo y previsión social el

contenido integro de la Recomendación 198 de la OIT. De ser posible este acuerdo puede ir acompañado de la declaración del movimiento sindical y de un breve estudio en donde se plantee la necesidad de la adecuada aplicación de los Artículos 18 y 19 del Código de Trabajo en todos los casos de disfraz de la relación de trabajo.

También puede ser adecuado que:

- Se plantee que en todas las actividades de capacitación judicial se aborde el tema del disfraz de la relación de trabajo con base en la Recomendación 198 de OIT.
- Se revise los casos de demora judicial injustificada sobre disfraz de la relación laboral.
- Presentar la declaración del movimiento sindical guatemalteco y el contenido de la recomendación 198 de la OIT ante la Corte de Constitucionalidad con el objeto de fortalecer la correcta aplicación de la ley laboral.
- Solicitar al Consejo de Administración de la OIT que requiera informaciones específicas al gobierno de Guatemala sobre la manera en que ha sido cumplido el contenido de la Recomendación 198.

También pueden enviarse a la Oficina Internacional del Trabajo, observaciones específicas de cómo el disfraz de la relación de trabajo afecta la promoción del trabajo decente, al implicar la deficiente aplicación de varios convenios internacionales, sobre todo los considerados como fundamentales.

6.5 Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo:

La Organización Internacional del Trabajo a través del consejo de administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006, consideró que la legislación nacional y los convenios colectivos, ofrecen una

protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado; por lo que deben ser compatibles con los objetivos del trabajo decente. Asimismo consideró que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo; y que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, supone que determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación; o cuando se observa que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales, pueden traer como consecuencia, privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho. Reconoció además que la orientación internacional a los miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacionales, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo. Asimismo que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario. Por otra parte señaló que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo, reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente.

La globalización ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección de la legislación, y en la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, que derechos tiene y quién es el empleador, además se debe verificar que se cumpla con la reciprocidad para que exista una verdadera equidad y justicia.

Suponer la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general, por lo que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales. Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo; después de adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, y luego de decidir que estas propuestas revistieran la forma de una recomendación, adoptó con fecha diez y seis de junio de dos mil seis, la siguiente recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la Relación de Trabajo.

Según la OIT, los siguientes numerales deben constituir la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo:

1. Los Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito

de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.

2. La naturaleza y alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes.

Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.

3. La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

4. La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas destinadas a:

a) Proporcionar a los interesados, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;

b) Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, por ejemplo relaciones que puedan incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;

- c) Adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho;
- d) Asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;
- e) Proporcionar a los interesados acceso efectivo a procedimientos y mecanismos expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias.
- f) Cumplir y aplicar la legislación sobre la relación de trabajo, y
- g) Prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, inspectores de trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas en materia de trabajo.

5. En el marco de la política nacional, los miembros deberían velar por proteger a los trabajadores afectados por la incertidumbre de la existencia de una relación de trabajo, así como a los más vulnerables, jóvenes, mujeres, niños, trabajadores de la economía informal, trabajadores emigrantes y trabajadores con discapacidades.

6. Los miembros deberían:

- a) Velar porque en la política nacional se aborde la cuestión de género, dado que predominan trabajadoras en determinados sectores y ocupaciones en los que hay relaciones de trabajo encubiertas o falta de claridad en la relación de trabajo, y
- b) establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.

7. En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:

a) Al formular una política nacional, todo miembro debería, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción, y en colaboración con otros miembros, aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y

b) Cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en una relación de trabajo.

8. La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas relaciones civiles y comerciales, velando al mismo tiempo porque las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.

9. Con el fin de crear una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza convenida por las partes.

10. Los miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a trabajadores y empleadores sobre cómo determinar una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente recomendación, la posibilidad de:

- a) Admitir todo medio probatorio para determinar si existe una relación de trabajo;
- b) Consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y
- c) Determinar, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores, que trabajadores deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. Los miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

- a) El hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que es de cierta duración y tiene continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte del patrono, y
- b) El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador y que constituye su única o la principal fuente de ingresos; de que incluye pagos en especie tales como

alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente recomendación, por ejemplo inspección del trabajo en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.

16. Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.

17. En el marco de la política nacional, los miembros deberían establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomentan las relaciones de trabajo encubiertas.

18. En el marco de la política nacional, los miembros deberían promover la negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para encontrar soluciones internacionales a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional e internacional promoviendo la reciprocidad.

19. Los miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de empleo en el marco de la política nacional.

20. Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguimiento de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, esas organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.

21. Los miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.

22. Los miembros deberían establecer mecanismos específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales, y prestar atención a los contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros estados.

6.6 Posiciones de los actores sociales

6.6.1 Sindicatos:

El sector más afectado por el disfraz de la relación de trabajo está constituido por los sindicatos de trabajadores. Este fraude afecta directamente la posibilidad de afiliación

de un trabajador a una organización sindical. Afecta también la posibilidad de constituir sindicatos de trabajadores en relación de dependencia. Vulnera directamente el ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical y de derecho de negociación colectiva. De esta manera los convenios internacionales en materia de libertad sindical quedan soslayados y son solo un ornamento. Esto deteriora significativamente la capacidad de la sociedad para fomentar el trabajo decente y la posibilidad de superar las secuelas del conflicto armado en Guatemala disminuyen considerablemente. Fomentar el trabajo decente permite a las sociedades post conflicto armado desarrollarse y superar las consecuencias económicas y sociales del enfrentamiento.

El desafío de los sindicatos es alcanzar el mayor nivel de protección para todos los trabajadores. Deben realizar acciones para el reconocimiento o declaración de la relación de trabajo en casos en los que se encuentre disfrazada o encubierta. Esto implica enfrentar la circunstancia que por la necesidad de acceder a un empleo los trabajadores asumen una actitud pasiva ante este tipo de reclamaciones. Una acción radical puede ser aceptar la afiliación de trabajadores cuya relación de trabajo se encuentra disfrazada o encubierta por el fraude cometido por el empleador y luego reclamar para estos afiliados los derechos propios de una relación de trabajo. Ante esto el empleador seguramente negará el reconocimiento de tales derechos aduciendo que no existe una verdadera relación de trabajo. Esta discusión tiene que desembocar en un proceso judicial que determine la existencia o no de la relación de trabajo, pero el trabajador logra la afiliación y el sindicato puede asumir la representación legal del trabajador afectado por el fraude.

Las demoras injustificadas en los procedimientos constituyen el principal elemento disuasivo de las reclamaciones de los trabajadores. Es importante anotar que la demora judicial produce graves consecuencias económicas al deteriorar la capacidad de mantener una seguridad alimentaria mínima por parte del trabajador reclamante.

Para los sindicatos de trabajadores resulta especialmente conveniente atender, por parte de las autoridades públicas. Esto permite a las organizaciones incidir en las políticas públicas de empleo y en el cumplimiento de las leyes laborales. También pueden promover la aplicación de este instrumento en juicios que se establezcan para declarar la relación laboral en caso de disfraz o encubrimiento. Existe una propuesta de iniciativa de ley presentada por varias organizaciones de trabajadores, la cual merece una consideración especial por parte del movimiento sindical guatemalteco.

6.6.2 Empleadores y gobierno:

Para analizar al sector empleador hay que distinguir lo que significa este sector a nivel internacional e nacional. Esto es necesario porque las posiciones en cada nivel suelen ser contradictorias. La Organización Internacional de Empleadores se ha manifestado expresamente con relación al fraude de disfrazar la relación de trabajo así: “El empleo disfrazado ocurre cuando una o ambas partes estructuran una relación con la intención de disfrazar dicha relación para evadir las obligaciones legales”.

Esta declaración fue constantemente reiterada por los empleadores en el seno de la comisión sobre la relación de trabajo en la Conferencia Internacional en 2006 y es,

probablemente, el único aspecto en que siempre han estado de acuerdo con los otros dos sectores el gobierno y los sindicatos. Los empleadores a nivel mundial consideran que este tipo de fraude genera efectos negativos para ellos mismos y por eso no lo toleran. A nivel nacional existe una tendencia totalmente contraria a lo expresado a nivel internacional. Existen diferentes estudios, que con amplio margen de generalidad y sin especificar aspectos concretos, señalan que el sistema normativo laboral guatemalteco es demasiado rígido, poco flexible y voluntarista, señalan que se basa en principios paternalista que dificultad la contratación. Plantean que este tipo de regulación (la relativa a la relación de trabajo) es ineficaz y perniciosa.

Consideran que la informalidad es producto de este tipo de normativa. Incluso sugerido que para realizar una adecuada contratación es necesario restituir la libertad de contratación lo cual implicaría abandonar la política de establecer garantías sociales de orden público. Desde esta perspectiva es posible que el sector empleador a nivel nacional considere que el disfraz de la relación de trabajo es producto de la necesidad de buscar alternativas para facilitar la generación de empleo, sin importar que este sea informal, ante la imposibilidad de que la rígida, ineficaz y perniciosa legislación laboral que está vigente. Sin embargo como se ha expuesto, la legislación laboral guatemalteca es técnicamente adecuada para delimitar con claridad la diferencia entre una relación de trabajo y un contrato civil o mercantil.

Por esta razón no puede tolerarse, tal y como lo ha indicado la Organización Internacional de Empleadores, la realización de este fraude ya que implica un deterioro

que afecta a los propios empleadores al establecer condiciones desleales de competencia. Además el fomento de la impunidad de estos fraudes deteriora la certeza jurídica y los empleadores corren el riesgo de que se declare como asalariados a verdaderos trabajadores independientes contratados bajo formas civiles o mercantiles legítimas. Las posiciones del sector gubernamental tienen que analizarse en dos facetas: como empleador y como autoridad.

a) Responsabilidad del Estado como empleador: tiene una grave responsabilidad en cuanto que ha sido uno de los principales promotores de este fraude legal. El Estado disfraza relaciones de trabajo a través de la contratación civil de servicios técnicos o profesionales. Estas oportunidades de empleo en la administración pública son popularmente conocidas como contrato 029. Cuando escuchamos la expresión contrato 029, inmediatamente pensamos que se trata de un empleado público que es contratado para prestar servicios profesionales o técnicos, que no recibe prestaciones laborales, que tiene que entregar una factura por los honorarios que recibe, que su trabajo es temporal y que puede ser despedido en cualquier momento. La situación del problema del contrato 029 es la misma que el disfraz de la relación de trabajo en el sector privado y se aplican todas las consideraciones realizadas en este estudio. Sin embargo es conveniente precisar algunos aspectos que hacen de este fraude un asunto particular para las condiciones de trabajo de los empleados públicos y para la eficiencia de la administración pública.

El Estado tiene la facultad de contratar servicios técnicos y profesionales sin que exista relación de trabajo siempre y cuando los servicios se presten sin subordinación y sin ejercer funciones propias de un cargo público.

También se puede pensar que se trata de puestos de confianza en donde los funcionarios colocan a personas de su conveniencia con honorarios muy altos. Inclusive, en algunos casos, existen los contratos y las partidas presupuestarias pero no existe la persona que supuestamente presta los servicios. Ambas situaciones existen. Pero la que es objeto de estudio en esta oportunidad es la primera. Se trata de una situación de disfraz de la relación de trabajo de un empleado público. Popularmente se le llama contrato 029 Pero técnicamente se trata de un asunto de disfraz de la relación de trabajo. Lo que se conoce como 029 es simplemente un código que identifica una partida presupuestaria. Esto no es un problema. También es necesario aclarar que sí es posible que existan verdaderos o genuinos contratos de servicios profesionales o técnicos a través de un proveedor que presta servicios a la administración pública. En estos casos se trata de trabajadores independientes que no gozan del régimen de protección social mínima que corresponde a los empleados públicos contratados en relación laboral pero que son necesarios para el eficiente funcionamiento de la administración pública.

La diferencia entre el concepto popular y el concepto técnico es algo que hay que dejar claro. Cuando solo se tiene el concepto popular entonces se puede llegar a pensar que el problema consiste en la existencia del renglón presupuestario 029 o en la posibilidad de suscribir contratos civiles de servicios profesionales. Si se piensa así podría llegar a proponerse la supresión de ese renglón presupuestario o la prohibición de celebrar, en la administración pública, los contratos de servicios profesionales y esto no es algo que sea posible de realizar.

El problema es el disfraz de la relación de trabajo del empleado público a través de un falso contrato de servicios profesionales o técnicos y que se cargue, incorrectamente, en el renglón presupuestario 029. Esto es el problema. Existen casos en que también se contrata a las personas bajo el renglón 189. En este renglón presupuestario se cargan todo lo relativo a los gastos que realiza la administración pública al contratar servicios técnicos o profesionales para la realización de estudios o consultorías siempre que se realice sin relación de dependencia. Si el trabajo se presta en relación de dependencia, aunque se haya cargado el contrato al renglón presupuestario 189, existirá la obligación de pagar las prestaciones laborales correspondientes.

El fundamento general para esta modalidad de contratación de servicios técnicos y profesionales se encuentra en el decreto legislativo 57-92, último párrafo del Artículo 1 del acuerdo gubernativo 18-98 y la circular conjunta del Ministerio de Finanzas Públicas, Contraloría General de Cuentas y Oficina Nacional de Servicio Civil de 1997.

El fraude se comete cuando, utilizando la modalidad de contratación por servicios profesionales o técnicos, se contratan personas para que laboren en condición de subordinación, en forma indefinida y ejerciendo funciones propias de un funcionario o empleado público. Esta modalidad de contratación, igual que en el sector privado, no puede ser válida si la persona contratada carece de la calidad de profesional.

Se entiende por profesional a las personas que poseen la preparación técnica y científica y que pueda ser acreditada con el título universitario respectivo y la

constancia de colegiación profesional. En consecuencia, la celebración de esta modalidad de contratación con personas que carecen de la calidad de profesional en los términos establecidos en la ley, produce la nulidad de los actos civiles, mercantiles o administrativos de la relación y hace prevalecer la naturaleza jurídica laboral tal como ha quedado anotado anteriormente.

El acto contractual por medio del cual se contratan servicios técnicos y profesionales no genera una relación laboral. Lo que genera la relación laboral es la forma o modo en que se presta el servicio. Si existe subordinación la relación de trabajo tiene que declararse, aunque se hayan suscrito documentos que digan lo contrario pues dichos documentos contienen un fraude de ley.

Esto ha sucedido en diferentes casos: Ramírez contra el Estado de Guatemala, Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social juicio No. 245-02; Pedro López contra el Estado de Guatemala, Sala Segunda de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social juicio No. 308-02. Existen múltiples hechos que demuestran el abuso del fraude del disfraz de la relación de trabajo por parte del Estado de Guatemala y la procedencia de la declaración de la relación laboral. Existen profundos estudios que han determinado este aspecto.

También es importante resaltar que la administración pública, a través de disposiciones de la Contraloría de Cuentas, ha reconocido que las personas contratadas bajo el rubro del renglón 029 no pueden ejercer dirección.

Existe una relevante sentencia emitida el 25 de mayo de 2005 por la Sala Primera de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social dentro del expediente número 494-2004 que en apelación conoció el laudo arbitral que aprobó el pacto colectivo entre el Sindicato de Trabajadores del Comité Nacional de Alfabetización y el Estado de Guatemala.

En esta sentencia se aprobó el Artículo 4 de dicho pacto colectivo en donde se reconoce que “todas las personas que trabajen en el renglón 189 serán beneficiadas por las disposiciones del pacto”. Esto es muy importante porque se ha reconocido judicialmente la relación de dependencia de todas las personas contratadas en este renglón 189, y se ha demostrado que todas estas personas se encuentran en una situación de disfraz y que deben reconocérseles todos sus derechos laborales.

Un aspecto interesante es considerar que una acción administrativa para declarar nulo el acto realizado por el supuesto funcionario o empleado público también conduce a la discusión judicial sobre la naturaleza jurídica de la relación de trabajo. Esto fue declarado así en el Artículo 2 del acuerdo A-118-2007 de la Contraloría General de Cuentas. Este acuerdo, que fue publicado el 27 de abril de 2007, resolvió en forma definitiva una discusión que inició con la publicación del acuerdo A-77-2006.

En esta discusión se aceptó que las personas contratadas en el rubro 029 no pueden ejercer dirección. Además no están autorizadas para manejar fondos públicos, ni para realizar actos administrativos, tampoco pueden ser jefes de empleados públicos.

Esta práctica no solo afecta los derechos de los trabajadores, sino además significa una sensible pérdida de recursos financieros del Estado en vista de que al momento en que se le condena a pagar las prestaciones adeudadas, se incurre en gastos que pudieron ahorrarse si el funcionario que realizó el fraude se hubiera abstenido de hacerlo. La responsabilidad por el desempeño deficiente en la administración de los recursos financieros del Estado es responsabilidad directa del funcionario que realizó el fraude según lo establece los incisos a y f del Artículo 17 del decreto legislativo 89-2002.

b) Responsabilidad del Estado como autoridad: en este ámbito la principal responsabilidad del Estado es garantizar el efectivo cumplimiento de la ley. El éxito en la consecución de este propósito comprende varios aspectos, entre los más significativos: El fortalecimiento de la Inspección General de Trabajo para realizar inspecciones en los principales sectores en donde se está abusando de la realización de este tipo de fraude legal.

La profesionalización de los jueces, magistrados y trabajadores de los tribunales de trabajo y previsión social, de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad es necesaria porque a pesar de que existen fallos en donde ha sido declarada la relación laboral en casos en donde se encontraba disfrazada o encubierta, existe una tendencia a interpretar arbitrariamente la legislación laboral a través de un abandono del principio de primacía de la realidad y valorando exclusivamente los documentos y no los hechos. Esto trae como consecuencia la poca credibilidad en el sistema de justicia del país y desmotiva a denunciar estos casos.

La valoración de las facturas como medio para negar el acceso a la protección que brinda la relación de trabajo es una clara muestra del ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

Las interpretaciones restrictivas, constituye uno de los principales obstáculos para la correcta aplicación de la ley. Las demoras injustificadas de los procedimientos judiciales es otro aspecto esencial que determina la responsabilidad del Estado para garantizar la efectiva aplicación de la ley. Esto se ha observado en fallos en donde el juzgador niega la existencia de una relación laboral simplemente porque el trabajador afectado emitió facturas. En estos casos se desconoce el mandato expreso del tercer párrafo del Artículo 19 del Código de Trabajo que establece que es la forma en que se trabaja, y no los documentos, los que determinan la existencia de la relación laboral. El Ministerio de Trabajo y Previsión Social tiene que promover el conocimiento de la Recomendación 198 de la OIT. Esta promoción brindará mayor seguridad jurídica a las relaciones de trabajo y permitiría modernizar el mercado laboral.

6.6.3 Organizaciones de la sociedad civil:

La promoción del trabajo decente requiere que los empleadores realicen acciones concretas para alcanzar sus fines. El sector empleador comprende a todas las personas individuales o jurídicas que contratan a otras personas.

En la actualidad ser empleador es una gran oportunidad. Permite generar empleo decente y a través del mismo se puede contribuir al bienestar de las personas y de la

sociedad. Ser empleador no es un estigma de maldad. Ser empleador es una oportunidad y una responsabilidad social. Es poder contribuir al desarrollo socioeconómico creando fuentes de trabajo pero que sean dignas. No se puede negar que hay cientos de buenos empleadores respetuosos de la ley y apegados totalmente a ella.

Existen diferentes organizaciones e instituciones de la sociedad civil que son empleadores. Por ejemplo: organizaciones no gubernamentales, universidades, organismos internacionales de cooperación, organizaciones populares, etc. Todas dirigen sus actividades a programas sociales, actividades humanitarias, a la promoción de los Derechos Humanos y al fortalecimiento de la democracia, el estado de derecho y la paz. Sin embargo existe una terrible contradicción entre los fines de estas organizaciones y su comportamiento institucional cuando contratan personal mediante el fraude legal del disfraz de la relación de trabajo. Consideran que para ser sujeto de obligaciones laborales es necesario generar plusvalía y que el carácter no lucrativo de la organización le permite total inmunidad frente a reclamaciones laborales. Si estos argumentos fueran ciertos entonces el Estado nunca sería responsable ante sus trabajadores ya que tampoco genera plusvalía. Una persona jurídica o individual es responsable como empleador o patrono desde el momento en que contrata a una o varias personas en relación de dependencia o relación laboral.

Esta contradicción es intolerable y es necesario que estas organizaciones, nacionales e internacionales, ajusten su comportamiento al respeto de la ley laboral vigente en

Guatemala, porque al actuar como empleadores irresponsables contribuyen al deterioro de las condiciones sociales de todos los trabajadores. Estas entidades tienen una mayor responsabilidad ética frente a la promoción del trabajo decente.

Si los directivos y representantes de estas instituciones, no están de acuerdo en promover, en su calidad de empleadores, condiciones decentes de trabajo, si deberían tomar en cuenta, que la realización del disfraz de la relación de trabajo es un signo de mala administración de los fondos de cooperación que se les ha confiado ejecutar en forma eficiente. Al final son varios los casos que ya se conocen tanto en tribunales como en la Inspección General de Trabajo en donde varias personas han decidido iniciar acciones legales en contra de este fraude y reclamar sus derechos laborales.

6.7 Nuevas formas de contratación dentro de la globalización:

En el contexto de la globalización si el gobierno de un país, como Guatemala, impulsa una estrategia de crecimiento y desarrollo económico vinculado a la economía internacional debe, necesariamente, definir una estrategia de inserción en las cadenas de valor que rigen los procesos de acumulación económica. Estas cadenas de valor funcionan y son controladas por las empresas transnacionales.

Lo anterior significa que es muy poco probable o no es posible alcanzar el crecimiento y desarrollo de un país enajenando su economía nacional de los efectos de la globalización. El planteamiento de OIT por una globalización justa reconoce que el actual contexto de la globalización implica una serie de transformaciones económicas, sociales y políticas que ha producido beneficios para la sociedad pero que también ha

producido la agudización de las desigualdades sociales y de la pobreza de grandes estratos de la población, principalmente para los países en desarrollo.

Al establecer una estrategia de inserción en la economía mundial los efectos de la globalización se harán sentir en diferentes escenarios de la vida económica, social y cultural. Uno de los escenarios más sensibles a este tipo de efectos es, precisamente, el mercado de trabajo. Las nuevas formas en que se organiza la producción a nivel global, el desarrollo y la transferencia de capacidades tecnológicas, las características de los procesos de acumulación del capital, entre otras cosas, han transformado el modelo en que se organiza el trabajo y las relaciones laborales.

Por esta razón se acepta con poca probabilidad, que una sociedad pueda conducir su economía y su estrategia de crecimiento y desarrollo sin relación con el proceso de globalización. Pero paralelamente a este reconocimiento, se ha señalado que también es cierto que para evitar las desigualdades sociales es necesario conducir los procesos de inserción en la economía mundial de forma que las estrategias de crecimiento y desarrollo se definan de manera integral, sin privilegiar la promoción del comercio internacional como única fuente de desarrollo, estableciendo diferentes opciones para garantizar que los beneficios económicos se distribuyan en forma justa para toda la sociedad y no solamente para una elite económica.

La regulación del mercado laboral atendiendo los cambios que son necesarios realizar para lograr una exitosa calificación mundial debe también proteger en forma universal a

los trabajadores. Esto es un reto fundamental en la definición de las estrategias de inserción en la economía mundial. Uno de los componentes más importantes en el diseño e implementación de las estrategias de inserción es, precisamente, la implementación de políticas sociales para mejorar las condiciones de trabajo.

Al estudiar la economía de una sociedad es necesario utilizar categorías técnicas que permitan el conocimiento objetivo y serio de la realidad. Cuando se usa la expresión mercado de trabajo no se está haciendo con sentido desfavorable para la dignidad de los trabajadores. Por el contrario el concepto hace referencia a una importante categoría económica y social que se refiere a la relación existente entre los puestos de trabajo que existen realmente en una economía y la cantidad de personas que tienen o buscan trabajo.

La relación entre ambos fenómenos se llama mercado. El mercado de trabajo tiene la particularidad de que está vinculado con la libertad y la dignidad de los trabajadores, por esa razón se encuentra protegido por una serie de leyes nacionales e internacionales con el objeto de alcanzar trabajo decente.

En la globalización se producen una serie de fenómenos que afectan el mercado de trabajo: se destruyen puestos de trabajo y también se crean algunos nuevos empleos, se cambian condiciones de trabajo, nacen nuevas normas internacionales de trabajo y también aumenta la actitud de rechazo, por parte de los empleadores, a estas disposiciones; se debilitan las instituciones, etc.

Una de esas transformaciones ha sido el incremento de la proporción del trabajo independiente o por cuenta propia dentro de la estructura del empleo. Han surgido situaciones económicas que producen y exigen el desarrollo de genuinas nuevas formas de contratación de trabajo independiente. Muchas de estas nuevas situaciones se desarrollan fuera de la ley, porque al ser nuevas, los sistemas jurídicos normalmente no están preparados para estas nuevas situaciones y el avance económico los sorprende al implementar formas de trabajo que no tienen regulación específica.

Esta omisión produce que los trabajadores laboren sin un marco jurídico que les proporcione una protección social mínima. Las personas encuentran un empleo pero de baja calidad. Aunque tengan un ingreso más o menos continuo al final, si se hace un balance, es inevitable apreciar el deterioro de su bienestar individual y el de su familia. Este deterioro también se produce a nivel de significativas proporciones de toda la población trabajadora.

No debería sorprendernos que en el contexto de la economía actual se requiera la realización de trabajos en forma independiente o por cuenta propia. En la economía de todos los países del mundo la estructura del empleo comprende una proporción de personas que laboran en forma dependiente o subordinada y otra en la que laboran en forma independiente o por cuenta propia.

Lo que varía es la relación entre dichas proporciones. Por regla general siempre es mayor la proporción del trabajo subordinado con relación al trabajo independiente. En

la globalización se ha observado un aumento de la proporción del trabajo independiente sobre todo por dos razones:

a) Por que definitivamente existen actividades económicas que exigen la contratación de personas en forma independiente. Muchas de estas situaciones carecen de regulaciones legales. En este caso el problema es la ausencia de leyes ante las nuevas situaciones que nacen en la economía de un país, y

b) Porque se realizan fraudes para declarar como trabajador independiente a personas que laboran en condiciones de subordinación. Esta situación es diferente a la anterior y constituye un problema de aplicación de la ley, pues está determinado por circunstancias políticas como la debilidad institucional y porque se recurre al fraude para mantener niveles de ganancia ilícita de diferentes actividades económicas.

Esto no es el problema. El problema es que el Estado, antes que preocuparse por el bienestar de la población, omite crear las protecciones sociales que impidan el deterioro del nivel de vida de los trabajadores contratados en estas nuevas situaciones de empleo independiente. Ante este contexto el reto de la sociedad es lograr que todo empleo independiente también cuente con una adecuada protección social. Esta es la tendencia mundial, proteger incluso al que trabaja por cuenta propia es una responsabilidad fundamental del Estado.

Por eso la protección social de los trabajadores es un asunto global. También es un problema y más que un problema, es un error, impulsar una estrategia de empleo considerando que la promoción del trabajo independiente es la solución para los

problemas del desarrollo social y económico. A pesar que este tipo de trabajo es necesario y merece atención y promoción, no es la forma en que labora la mayoría de la población trabajadora en todo el mundo. El rango más relevante en la estructura del empleo es el trabajo subordinado.

La Organización Internacional del Trabajo indica que: “una amplia serie de ejemplos a partir del 2,000 en donde se aprecia la tendencia de proteger socialmente a los verdaderos empleos independientes o por cuenta propia, han surgido como producto del desarrollo de la globalización”. Por ejemplo se han creado acuerdos colectivos para proteger socialmente a freelances o trabajadores por cuenta propia que prestan sus servicios como consultores. También la propia OIT ha acogido recientemente el término de trabajador económicamente independiente para caracterizar a todas aquellas personas que trabajan en forma independiente pero que prestan sus servicios a uno solo cliente de manera que dependen económicamente de ese empleo para subsistir, por ejemplo: instructores, consultores, asesores, etc. En estos casos se planteó la necesidad de brindar protección social a este tipo de empleos.

“En países industrializados como en los Estados Unidos el empleo en situación de subordinación corresponde al 92,6% y la proporción de empleadores (patronos) y trabajadores por cuenta propia es del 7,3%. En el Reino Unido esta proporción es de 88,4% y de 11,2%; en Alemania es 88,9% y de 9,9%; en Suiza es de 87,6% y 10.6%, en España es de 80,2% y de 17,2%; en Francia es de 89,6% y de 10,6%; en Japón es de 83,7% y de 10,8%. México tiene una proporción de 62,7% de trabajo subordinado y

de 28,5% de patronos y trabajadores por cuenta propia; en Argentina esta proporción de 72,3% y de 26,4%; en la República de Corea es de 62,4% y de 28,5%; en Puerto Rico es de 86% y 13,5%; en Chile es de 71,3% y 26,2%; en Brasil es de 66,6% y de 26,4%; en Colombia es de 49,3% y 44,8%.

A pesar que la globalización ha impulsado un aumento de la proporción de trabajo independiente, esto no significa que esta modalidad de empleo sustituya la relevancia e importancia que el trabajo subordinado tiene en la estructura de empleo. Por ejemplo, si se analiza en Guatemala la situación de las personas en el empleo según la categoría ocupacional se observa que prevalece el empleo en situación dependiente.

Aclarado esto es necesario plantear estas interrogantes: ¿la práctica del disfraz de la relación de trabajo es una consecuencia de las por las nuevas tendencias de empleo independiente? ¿Es acaso una nueva forma de contratación dentro de la globalización? ¿Es una práctica que nos asegura el desarrollo social del país? Mientras que para Centro América y República Dominicana la situación es así: Costa Rica: 68,8% y 28,3; República Dominicana: 52,3% y 42,7%; El Salvador: 60,2% y 30,9; Honduras: 46,8% y 39,7%; Panamá: 66,8% y 30,6%; de Nicaragua y Belice no se tienen datos, Guatemala se presenta en el texto principal”.³⁸

Delimitar este asunto con claridad es importante porque, en Guatemala, algunos afirman que la realización de esta práctica de disfraz de la relación de trabajo con

³⁸ Organización Internacional del Trabajo. **V Informe de la 91ava Conferencia Internacional del Trabajo, año 2008.** Anexo III, pág. 97

formas jurídicas que son propias del trabajo independiente constituye una necesidad ante los requerimientos económicos de la modernidad. Varios de los que sostienen este discurso afirman que es necesario realizar este disfraz para alcanzar la mayor competitividad que sea posible. Así pretenden alcanzar altos niveles de crecimiento económico

Es importante no dejar en el olvido que este tipo de fraude es realizado por el empleador con el objeto de evitar los costos de la contratación laboral. A través del uso inadecuado de las disposiciones legales de carácter civil o mercantil se aseguran la evasión de muchas obligaciones sociales que implican costos. Por eso, esta práctica no es una estrategia de desarrollo social. Es un fraude. Es una forma de garantizar competitividad a través del deterioro de la condiciones de vida de los trabajadores. Esta tipo competitividad riñe con los objetivos del trabajo decente.

La verdadera y justa competitividad entre los empresarios y productores solo se alcanzará cuando se dignifique la vida de los trabajadores lo cual les permitirá un desarrollo de primer orden en todas las esferas de su vida personal, profesional y familiar. El rango correspondiente a los trabajadores dependientes o subordinados constituye la más amplia base para la aplicación de los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, debido a que la protección de los trabajadores se enfoca principalmente en la relación o contrato de trabajo. Es sobre esta base que puede definirse una verdadera estrategia de desarrollo social vinculada al crecimiento económico del trabajador y de su núcleo familiar.

Realizar, fomentar y tolerar la práctica del disfraz de la relación de trabajo, aumenta tal y como se ha indicado, el rango de trabajadores sin protección y esto agudiza la desigualdad social y afecta negativamente la competitividad y viabilidad de las empresas.

Se concluye entonces con la siguiente afirmación: el disfraz de la relación de trabajo es un fraude, no una nueva forma de contratación.

CONCLUSIONES

1. La necesidad de empleo es la causa principal para que algunos profesionales acepten ser contratados bajo la modalidad del contrato de servicios profesionales.
2. El Estado y algunos empresarios celebran verdaderos contratos de trabajo disfrazados de contratos por servicios profesionales, para evadir el pago de prestaciones mínimas y para no crear un fondo de jubilación, convirtiéndose así en los principales violadores de los derechos de los trabajadores.
3. La aparente ventaja de un salario inmediato y más competitivo influye en el ánimo de los profesionales que prestan sus servicios, sabiendo o debiendo saber que están renunciando a sus derechos laborales mínimos.
4. El desconocimiento de la legislación laboral por parte de muchos profesionales, hace que acepten ser contratados bajo renglones que no les garantiza un pasivo laboral ni prestaciones a mediano o largo plazo.
5. Muchos profesionales que laboran bajo la modalidad de un contrato por servicios profesionales, al ser despedidos de su centro de trabajo no inician proceso judicial contra su patrono por lo dilatado de los juicios laborales.

RECOMENDACIONES

1. Corresponde al Estado garantizar a todos los profesionales la existencia de fuentes de empleos dignos y bien remunerados, velando por el cumplimiento de las leyes laborales, para que el contrato de servicios profesionales no sea una mala alternativa de trabajo ante los altos índices de desempleo.
2. Es urgente que la Universidad de San Carlos de Guatemala proponga reformas al Código de Trabajo, a la Ley de Servicio Civil y al Código Penal, para crear sanciones drásticas contra el Estado o contra los empresarios que violan la ley laboral, al disfrazar relaciones de trabajo con contrato de servicios profesionales.
3. Los salarios mínimos para los profesionales universitarios que trabajan en relación de dependencia se tienen que equiparar al arancel por prestación de servicios profesionales. Ello les permitirá rechazar contratos por servicios profesionales que les despojen de sus derechos laborales.
4. Los profesionales están llamados a estudiar y conocer sus derechos laborales, para no aceptar contratos de servicios profesionales con salarios competitivos inmediatos, pero que desvirtúan una verdadera relación de trabajo.
5. Los órganos jurisdiccionales tienen que garantizar el cumplimiento de la ley a corto plazo, para motivar a todo profesional afectado por un disfraz laboral a denunciar estos fraudes y con ello erradicar esta mala práctica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGUETA RAMÍREZ, Alejandro. **El disfraz de la relación de trabajo en Guatemala.** 2a. ed.; Guatemala: Ed. C&N, 2009.
- CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Derecho administrativo.** 5a. ed.; Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas, 2003.
- DE BUENN UNA, Claudia. **El contrato de prestación de servicios profesionales, vía para el fraude laboral.** 4a. ed.; México: Ed. Universitaria, 2003.
- DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo.** 2a. ed.; México: Ed. Porrúa, 1949.
- DE LEÓN VELASCO, Aníbal y José Francisco de Mata Vela. **Derecho penal guatemalteco.** 15a. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Fénix, 2004.
- ECHEVERRÍA MORATAYA, Rolando. **Derecho del trabajo I.** 3a. ed.; Guatemala: Ed. Fénix 2004.
- FRANCO LÓPEZ, Cesar Landelino. **Derecho sustantivo colectivo del trabajo.** 2a. ed.; Guatemala: Ed. Fénix, 2005.
- FRANCO LÓPEZ, Cesar Landelino. **Ejercicios de interpretación y aplicación para conocer el código de trabajo.** 2a. ed.; Guatemala: Ed. Fénix, 2006.
- FRANCO LÓPEZ, Cesar Landelino. **Manual de derecho procesal del trabajo.** 2t.; 2 vol.; 3a. ed.; Guatemala: Ed. Fénix, 2006.
- GARCÍA, Mario David. **La muerte del derecho de trabajo.** 4a. ed.; Guatemala: Ed. Tierra Labrada, 2002.
- LÓPEZ LARRAVE, Mario. **Breve historia del movimiento sindical guatemalteco.** 6a. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 2005.
- LÓPEZ LARRAVE, Mario. **Introducción al estudio procesal del trabajo.** 4a. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2003.
- MARQUET GUERRERO, Porfirio. **El contrato y la relación de trabajo.** 5a. ed.; México: Ed. Universitaria, 2005.
- MORGAN SANABRIA, Rolando. **Planeación del proceso de investigación científica para elaborar tesis de grado.** 2a. ed.; Guatemala: Ed. Ramírez, 2010.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** 7a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1974.

PILONA ORTIZ, Gabriel Alfredo. **Guía práctica sobre métodos y técnicas de investigación documental y de campo.** 5a. ed.; Guatemala: Ed. Cimra, 2004.

REYNOSO CASTILLO, Carlos. **Los atentados al contrato de trabajo.** 2a. ed.; México: Ed. Universitaria, 2002.

Legislación:

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

Código de Trabajo y sus reformas, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1441, 1961.

Código Civil y sus reformas, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil y sus reformas, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1963.

Código Penal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código de Notariado, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, 1946.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

Ley del Servicio Civil, Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto número 1748, 1968.

Ley de Servicio Municipal, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 1-87, 1987.

Ley del Servicio Civil del Organismo Legislativo, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 44-86, 1986.

Ley de Servicio Civil del Organismo Judicial, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 48-99, 1999.

Ley de Sindicalización y regulación de Huelga de los Trabajadores del Estado, Congreso de la Republica de Guatemala, Decreto número 71-86, 1986.

Ley de Colegiación Profesional Obligatoria, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 72-2001, 2001.

Ley del Impuesto al Valor Agregado y sus reformas, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 27-92, 1992.

Código de Ética Profesional. Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, 1994.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Washington D.C., Estados Unidos de América: 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica: 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Washington D.C., Estados Unidos de América: 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Washington D.C., Estados Unidos de América: 1966.

Carta de la Organización de Estados Americanos. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Bogotá, Colombia: 1948.

Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Asamblea General de la Organización Internacional del Trabajo OIT, Ginebra, Suiza: 1948.

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Asamblea General de la Organización Internacional del Trabajo OIT, Ginebra, Suiza: 1952.