



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REVISTA JURÍDICA

INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

XXI

Guatemala, 2014

MISIÓN

El Instituto de Investigaciones Jurídicas es una unidad académica de la Universidad Rafael Landívar, cuya misión es el estudio, desarrollo y divulgación de las Ciencias Jurídicas y Sociales, mediante la investigación, capacitación, asesoría, consultoría y difusión de temas nacionales, regionales y mundiales de interés y actualidad, que impliquen la participación de todos los sectores de Guatemala, conscientes de las características pluriculturales, multiétnicas y multilingües, de América Central y, congruentes con el ideario landivariano.

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

Investigación:

Participar activamente en el análisis, discusión y propuesta de soluciones a los problemas jurídicos y sociales, de Guatemala y Centroamérica, en el contexto mundial, para formar criterios y alcanzar consensos que conduzcan al desarrollo integral de la persona humana y de la sociedad.

Capacitación:

Formar en las distintas áreas jurídicas y sociales, a todos los sectores académicos, políticos, económicos y sociales interesados, analizando y divulgando los resultados de las investigaciones, para transformar la sociedad.



Universidad
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REVISTA JURÍDICA XXI



Instituto de
Investigaciones
Jurídicas

Revista Jurídica núm. XXI / Instituto de Investigaciones Jurídicas
IJ/URL. Guatemala : Universidad Rafael Landívar [2000-]
1ª. Época, núm. 21. (Julio-Diciembre, 2014).
xvii, 160 p. : 10 documentos.
ISSN: 1409-4762

1. Derecho laboral – Tiempo parcial - Perspectivas e implementación-
Guatemala 2. Despido injustificado - Aspecto jurídico 3. Fraude laboral –
Legislación – Guatemala 4. Corte de Constitucionalidad – Sentencias de
amparo – Guatemala 5. *Outsourcing* – Guatemala 6. Derecho laboral –
Desarrollo del milenio en Guatemala (ODM) – Objetivos 7. Tratados de
libre comercio – Guatemala 8. Salud – Servicios de salud – Reforma –
Guatemala 9. Sistema de fondos de pensiones 10. Pensiones sociales –
Reformas constitucionales – Guatemala.

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Revista Jurídica, núm. XXI, segundo semestre, año 2014

D.R. © Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio “O”, 2do. Nivel, Oficina O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 01016
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

Editor responsable: Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa
Asistentes editoriales: Claudia Aracely Morales Paniagua
Aníbal Estuardo Samayoa Alvarado

Diseño e impresión
Editorial Serviprensa S.A.
3ª Ave. 14-62, zona 1
PBX: 2245-8888
www.serviprensa.com
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Los autores de los artículos son los únicos responsables de su contenido, el cual no representa, necesariamente, la posición de la Universidad Rafael Landívar ni de la Universidad del País Vasco / *Euskal Herriko Unibertsitatea*.

**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Rector

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

Vicerrectora Académica

Dra. Lucrecia Méndez González de Penedo

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, *S. J.*

Vicerrector de Integración Universitaria

P. Julio Enrique Moreira Chavarría, *S. J.*

Vicerrector Administrativo

Lcdo. Ariel Rivera Irías

Secretaria General

Lcda. Fabiola Padilla Beltranena de Lorenzana

**CONSEJO EDITORIAL DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Rector

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, *S. J.*

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Rolando Escobar Menaldo

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Mgtr. Pablo Hurtado García

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Larry Andrade-Abularach

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Director

Dr. Larry Andrade-Abularach

Jefa Académica e Investigadora Principal

Mgtr. Patricia Jiménez Crespo

Jefe Administrativo

Lcdo. Manuel Enrique Tecum Ajanel

Investigador

Dr. Jorge Mario García Laguardia

Investigador

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Gestor Académico del Doctorado en Derecho

Lcdo. Briguer Barnavá Cruz Orellana

Asistente de Investigación

Claudia Aracely Morales Paniagua

Asistente Administrativa

Rosa Mariela Ortiz Ralón

Recepcionista

Dara Andrea García Batres

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO /
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

Rector

Sr. Iñaki Goirizelaia

Secretario General

Sr. José Luis Martín González

Vicerrector del Campus de Álava

Sr. Javier Garaizar Candina

Vicerrector del Campus de Bizkaia

Sr. Carmelo Garitaonandia Garnacho

Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa

Sra. Ana Arrieta Ayestaran

Vicerrector de Euskera

Sr. Xabier Etxaniz Erle

Vicerrectora de Estudios de Grado e Innovación

Sra. Amaya Zarraga Castro

Vicerrectora de Estudios de Posgrado y

Relaciones Internacionales

Sra. Nekane Balluerka Laso

Vicerrectora de Proyección y Transferencia

Sra. Amaia Maseda García

Vicerrector de Investigación

Sr. Fernando Plazaola Muguruza

Vicerrectora de Estudiantes, Empleo y Responsabilidad Social

Sra. Maite Zelaia Garagarza

Vicerrector de Personal Docente e Investigador

Sr. Francisco Javier Gil Goikouria

Gerente

Sra. Miren Lorea Bilbao Artetxe

**DOCTORADO EN DERECHO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR Y
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS
VASCO/EUSKAL HERRIKO
UNIBERTSITATEA**

**Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Rafael Landívar**
Dr. Rolando Escobar Menaldo

**Decana de la Facultad de Derecho de la
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea**
Dra. Juana María Goizueta Vértiz

Responsable

Dr. Francisco Javier Caballero Harriet

Responsable

Dr. Larry Andrade-Abularach

Comisión Académica

Presidente

Dr. Francisco Javier Caballero Harriet

Vocal

Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

Vocal

Dr. Ignacio Muñagorri Laguia

Índice

Presentación <i>Dr. Larry Andrade-Abularach</i> <i>Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa</i>	xi
Introducción <i>Dr. Mikel de la Fuente Lavín</i>	xiii
Trabajo a tiempo parcial en Guatemala: Situación actual y perspectivas para su implementación <i>Mgtr. Juan Luis Cano Chávez</i>	1
Despido injustificado: mecanismos y normativa legal como forma de protección al trabajador <i>Mgtr. Flor de María Sagastume Leytán</i>	13
El fraude de ley en materia laboral en Guatemala <i>Mgtr. Jorge Estuardo Ceballos Morales</i>	25
El principio de primacía de la realidad en sentencias de amparo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala <i>Mgtr. Set Geovani Salguero Salvador</i>	39
<i>Outsourcing</i> en Guatemala <i>Mgtr. María Andrea Batres León</i>	57
El trabajo decente y los ODM <i>Mgtr. Enrique Fernando Sánchez Usera</i>	73
Los tratados de libre comercio y el derecho laboral guatemalteco <i>Mgtr. Angélica Yolanda Vásquez Girón</i>	97
Cobertura de la salud en Guatemala: necesidad de una reforma <i>Mgtr. Saramaria Estrada Artola</i>	115
Sistemas de fondos de pensiones <i>Mgtr. Edgar Orlando Ruano Godoy</i>	131
Elementos de control de constitucionalidad de las reformas a pensiones sociales en Guatemala <i>Mgtr. Mauro Salvador Chacón Lemus</i>	143

Presentación

A partir del 2012, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar ha aprovechado el espacio de difusión que constituye la *Revista Jurídica*, para dar a conocer al público las investigaciones realizadas dentro de las líneas de investigación trazadas en el Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Siguiendo esta dinámica, se han publicado docenas de artículos que abordan temas de relevancia y actualidad nacional e internacional en torno al derecho tributario, derecho administrativo, derechos de la mujer, lógica jurídica y derecho ambiental, entre otros.

En esta oportunidad, se recopilan diez investigaciones elaboradas por la segunda cohorte de doctorandos, en la línea de investigación titulada: *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*. Dichas investigaciones fueron llevadas a cabo bajo la dirección del Dr. Mikel de la Fuente Lavín, distinguido jurista vasco especializado en derecho del trabajo y de la seguridad social, profesor universitario y autor de numerosas publicaciones, quien nos ha honrado con una introducción especial a este número de la *Revista*, y a quien agradecemos por su inmensa y decidida colaboración.

Asimismo, la mayor parte de las mismas fue presentada en forma de ponencia en el panel titulado “Mercado, empresa, trabajo y derechos sociales” durante el IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: “Reflexiones para la transformación de la sociedad”, celebrado en octubre del 2013 en el Campus Central de la Universidad Rafael Landívar.

A grandes rasgos, estas investigaciones pueden ser clasificadas en dos grupos. Las seis primeras se refieren primordialmente al

derecho del trabajo, y las siguientes cuatro se relacionan más con la seguridad social, en las vertientes generales de salud y pensiones. En todas está presente el fenómeno de la globalización y la manera en que está transformando las estructuras empresariales, las modalidades de prestación del trabajo, la cobertura de salud y los sistemas de pensiones, entre otras figuras.

Las reflexiones y propuestas planteadas por los doctorandos constituyen valiosas herramientas que pueden ser utilizadas en el ámbito universitario, ya sea en la cátedra o en la investigación, especialmente en la selección de temas de tesis de grado y posgrado. Pero su limitación exclusivamente al ámbito académico sería un error, puesto que también son de gran utilidad para implementar cambios en la legislación y en políticas públicas, promover demandas, fundamentar resoluciones, y sobre todo, incitar discusiones en todos los sectores de la sociedad, con el objeto de hacerla más justa y equitativa, es decir, que las personas puedan gozar de una vida más digna.

Expresamos nuestro sincero agradecimiento al Dr. Mikel de la Fuente Lavín y a los profesionales que componen la segunda cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*, por su vital colaboración, y se exhorta a los doctorandos a seguir esforzándose en el arduo y a la vez gratificante proceso de culminación de sus estudios doctorales.

Dr. Larry Andrade-Abularach

Director

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinador

Doctorado en Derecho

Universidad Rafael Landívar y

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
en Guatemala*

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigador

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Guatemala de la Asunción, septiembre del 2014.

Introducción

*Dr. Mikel de la Fuente Lavín**

Los diez trabajos que se publican en este número de la *Revista Jurídica* corresponden al curso *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, que tuve el placer de impartir en el Máster de acceso al doctorado “Sociedad Democrática, Estado y Derecho” de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Todos ellos fueron presentados en la forma de ponencia en el panel “Mercado, Empresa, Trabajo y Derechos Sociales” del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: “Reflexiones para la transformación de la sociedad”, que se celebró en Ciudad de Guatemala en octubre de 2013.

He recibido con profundo agradecimiento la petición de realizar una breve introducción a los magníficos trabajos presentados por el alumnado del curso, máxime cuando la mayor parte corresponde a profesionales y docentes que no se dedican de forma específica al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En este sentido quiero manifestar mi profunda satisfacción al comprobar que las clases impartidas han contribuido a mejorar la cultura jurídica de los doctorandos y doctorandas en una materia, como el Derecho del Trabajo, sometida a fuertes presiones para el cambio. He optado por introducir

* Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (UPV/EHU) y profesor del departamento de Derecho de la Empresa en dicha universidad. Miembro de *Hegoa* – Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. Autor de varios libros, artículos y capítulos de libros sobre las pensiones y su financiación, el tiempo de trabajo, el sindicalismo y las empresas transnacionales, entre los que destaca la publicación *Acción sindical transnacional* (*Hegoa*, UPV/EHU, 2013). Ha dirigido durante ocho años la revista *Lan Harremanak* (Relaciones Laborales).

de forma muy sucinta los temas con los que están conectadas las contribuciones, presentando a continuación, también de forma muy sintética, el objeto de las mismas.

Partiendo de la desigual distribución del poder en las sociedades, el Derecho del Trabajo tenía como objetivo principal y función originaria servir de contrapeso compensatorio de la desigualdad del poder negociador entre empresarios y trabajadores.¹ Desde inicios de la década de los ochenta del pasado siglo, el Derecho del Trabajo ha experimentado modificaciones sucesivas que se inscriben en una lógica de cambio de su función tradicional de protección de la parte más débil de la relación laboral, las personas trabajadoras.

La globalización ha sido utilizada por los Estados y las empresas para cambiar las reglas e impulsar la mercantilización generalizada de la fuerza de trabajo, colocando a los trabajadores en competencia a escala mundial. Los requerimientos de rentabilidad y competitividad están siendo interiorizados por el Derecho del Trabajo, incorporando la flexibilidad y la reducción de la intensidad de la protección como vectores de las modificaciones de las normas. La supeditación de las relaciones laborales a la lógica de unas decisiones económicas, entendidas, además, de forma unilateral, como la necesidad de incrementar los excedentes de las empresas para así aumentar la competitividad, ha provocado una atenuación de las conquistas laborales y un incremento de las facultades organizativas de los empleadores.

La calidad en el empleo es un concepto multidimensional que engloba aspectos relacionados con el empleador, con el empleado y con la comunidad, cada uno de los cuales tiene objetivos diferentes que, incluso, pueden ser incompatibles. Se ha puntualizado que los malos empleos o los empleos deficientes son aquellos que no permiten vivir decentemente, los que se sostienen con contratos precarios, los empleos insostenibles, los que no preservan la salud de quienes los ocupan y el subempleo, que no permite la utilización de las calificaciones y capacidades de las personas.² La amplitud del trabajo “no decente” se puede apreciar con estos datos: según

1 Khan-Freund, Otto, *Trabajo y Derecho*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-Colección Estudios, Madrid, 1987, pp. 49-53.

2 Lejarraga, Jon, *Calidad del empleo y trabajo decente*, Trabajo de Fin de Máster, Máster de Gestión de los Recursos Humanos y del Empleo, UPV/EHU, 2009.

un informe de Elizabeth Tinoco, directora regional de la OIT para América Latina y el Caribe, de agosto de 2014, 55,6% del trabajo de los jóvenes en la región es de escasa calidad, con bajos salarios y sin seguridad social. El artículo de Sánchez Usera analiza esta problemática mediante la definición del “trabajo decente” realizada por la OIT en 1999 en relación con los llamados Objetivos del Milenio de las Naciones Unidas de septiembre de 2000; examina los indicadores del trabajo decente y la situación de Guatemala en relación con los mismos.

Los tratados de libre comercio (TLC) o en los términos de la Unión Europea, los *economic partnership agreements* (EPA) son utilizados por los Estados para favorecer a “sus” empresas transnacionales y cada vez más frecuentemente incluyen cláusulas laborales. Vásquez Girón examina este tipo de tratados en relación con el derecho laboral guatemalteco, exponiendo críticamente la inadecuación de los mismos para la aplicación de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. El trabajo de Batres León está dedicado al análisis de las prácticas externalizadoras de las empresas y, en particular, del *outsourcing* en Guatemala, como elemento de “desresponsabilización empresarial” en relación con partes crecientes de su actividad productiva en orden al cumplimiento de sus obligaciones en variados aspectos y de atomización de las plantillas. Con ello se persigue debilitar la posición contractual de los trabajadores.

En el acceso al mercado de trabajo, el principio de estabilidad en el empleo es crecientemente cuestionado con la primacía de las contrataciones temporales sobre la contratación indefinida. La permanencia en el mercado de trabajo queda sujeta a un incremento de las facultades empresariales en aspectos tales como la movilidad funcional, la modificación de las condiciones de trabajo (jornada, horarios, sistemas de remuneración, etc.). Los mecanismos de salida han sido asimismo objeto de procesos desreguladores, a través de procedimientos tales como la descausalización de los contratos de trabajo, la reducción de las indemnizaciones por despido y la ampliación de las causas de despido basadas en la “objetividad” del sistema económico. El Derecho del Trabajo ha girado hacia la gestión del personal. Obviamente esa evolución es desigual sobre los países y los continentes, experimenta interrupciones y no se produce sin resistencias, tanto entre una parte de

los juristas iuslaboralistas³ como en sectores del movimiento sindical. Uno de los elementos que están contribuyendo al debilitamiento de la posición de las personas trabajadoras es el impulso por los Estados de la contratación a tiempo parcial, que en muchas ocasiones impide la obtención de salarios mínimamente adecuados y dificulta el acceso a las prestaciones sociales. El artículo de Cano Chávez tiene por objeto analizar la regulación constitucional en Guatemala que afecta al trabajo a tiempo parcial, a la vez que examina una iniciativa legislativa sobre el “trabajo que se presta por horas” y las referencias regulatorias necesarias para que el eventual establecimiento de este tipo de contratos permita garantizar los derechos laborales.

Una de las manifestaciones de los cambios en el Derecho del Trabajo concierne a una de sus instituciones fundamentales, la protección contra el despido injustificado. A ello ha contribuido de forma muy activa la Unión Europea, con la subordinación de los derechos sociales al derecho de la competencia y con la nueva doctrina de la flexiseguridad, según la cual la reducción de la intensidad protectora del Derecho del Trabajo es un elemento fundamental para fomentar la capacidad de adaptación de los trabajadores y las empresas. En los términos de A. Supiot, “*el derecho de la competencia ocupa el lugar de un derecho constitucional a escala planetaria*” y ello mientras que ese derecho no puede ser una base para un orden jurídico ya que solo conoce la circulación de productos e ignora la suerte de las personas y de la naturaleza “*sin los cuales ninguna producción es posible*”⁴. El trabajo de Sagastume Leytán examina la regulación guatemalteca del despido injustificado y la jurisprudencia en aplicación de la misma de la Corte de Constitucionalidad, a la vez que analiza como elementos contextuales el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la normativa de protección al trabajador en caso de despido injustificado en la Unión Europea.

3 En este sentido, Supiot, Alain, *El espíritu de Filadelfia*, Península, Barcelona, 2011, p. 69, señala que “la Unión Europea se ha vuelto tierra elegida para esta competencia entre legislaciones sociales y fiscales de los Estados miembros” a través del *método abierto de coordinación*, “que aspira a aplicar al ámbito social las grandes orientaciones de política económica de la Comunidad, y especialmente a promover la adaptación de la mano de obra a las necesidades de los mercados”.

4 Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo XXI editores, Argentina, 2007, p. 220.

La atribución de la condición de trabajador por cuenta propia a quienes trabajan de forma muy mayoritaria, a veces en exclusiva, para una empresa, puede tener por objetivo la aplicación de la legislación mercantil y civil, en detrimento de la normativa laboral, en principio más garantista. Esa práctica puede constituir un fraude de ley, tema que estudia Ceballos Morales en relación con Guatemala mediante el examen de los elementos constitutivos de la relación laboral. Un tema próximo, el de simulación para encubrir la relación laboral, es estudiado por Salguero Salvador, a la luz de la “primacía de la realidad” –que analiza a través del examen de los fallos de la Corte de Constitucionalidad– como criterio interpretativo para dilucidar si se está o no en presencia de una relación laboral.

Instituciones internacionales tales como el Banco Mundial (y la OCDE para los países más ricos), proponen un modelo de protección privada en sanidad y pensiones, limitando los sistemas públicos a una protección mínima para las situaciones de pobreza. La división a que da lugar ese modelo, entre quienes logran acceder a prestaciones sociales privadas y la mayoría excluida, impide asentar sistemas públicos universales y generales, dada la estigmatización que acompaña a las prestaciones “para pobres”. El trabajo de Estrada Artola examina la situación del sistema de salud de Guatemala, sus diversos componentes, público y privado, su financiación y limitada cobertura existente y formula propuestas para mejorar la eficiencia y ampliar su cobertura. Chacón Lemus analiza los elementos de control de la constitucionalidad, mediante el examen de los fallos de la Corte de Constitucionalidad, en relación con las reformas de las pensiones que han establecido criterios más restrictivos y limitado su intensidad protectora. Ruano Godoy, tras señalar la tipología de los sistemas de pensiones, analiza el sistema de pensiones de Guatemala, subrayando la fragmentación existente y la carencia de protección no contributiva para las personas en situación de pobreza.

En resumen, tengo la convicción de que este ejemplar de *Revista Jurídica*, mediante sus muy interesantes artículos, va a contribuir a un aumento del conocimiento y el interés por los temas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Por ello, felicito sinceramente al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar y a su director, mi amigo Larry Andrade-Abularach.

Trabajo a tiempo parcial en Guatemala: Situación actual y perspectivas para su implementación*

Mgtr. Juan Luis Cano Chávez**

Sumario: I. Introducción. II. Regulación de la contratación laboral en Guatemala. III. Regulación de la jornada laboral. IV. Iniciativa de ley número 4648 presentada por el Organismo Ejecutivo (*Ley reguladora del trabajo por hora y su inclusión al sistema de seguridad social*). V. Convenio 175 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al trabajo a tiempo parcial (1994). VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización ha repercutido en todos los ámbitos de la vida, por lo que no es de extrañar que las relaciones existentes entre patronos y trabajadores también hayan sufrido gran-

* Ensayo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: "Reflexiones para la transformación de la sociedad".

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Mariano Gálvez, Guatemala (pendiente de defensa de tesis). Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por la citada casa de estudios superiores. Actualmente, es letrado de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, Vocalía I: "Consulta Prejudicial: mecanismo para la uniforme aplicación e interpretación del derecho comunitario centroamericano". Es autor de varias investigaciones publicadas por el Organismo Judicial, la Corte de Constitucionalidad, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y la Universidad Rafael Landívar.

des transformaciones; una de las más relevantes es la flexibilización de las condiciones laborales.¹

En este contexto, una de las formas de flexibilización se presenta a través de la disminución de la jornada laboral, como una modalidad de contratación destinada a la creación de nuevas fuentes de trabajo y la incorporación de determinados grupos vulnerables (mujeres, jóvenes y personas de la tercera edad).² Esta contratación es denominada *a tiempo parcial*, que tiene por objeto fijar un período de trabajo menor al que correspondería a la jornada laboral ordinaria,³ a efecto que los trabajadores puedan dedicarse a otras actividades, como podrían ser las familiares, educativas, etc.⁴

Si bien esta modalidad de contratación ofrece ciertas ventajas, no pueden obviarse los inconvenientes que se generan, principalmente para los trabajadores, pues a los empleos que acceden son de mala calidad, con lo cual los beneficios a los que pueden optar también tienen esa naturaleza.⁵

En el caso de Guatemala, no se encuentra regulado el trabajo a tiempo parcial; es más, su posible incorporación se ve limitada por la Constitución Política, ante lo cual es menester efectuar un análisis de la regulación de las modalidades de contratación y las jornadas de trabajo. Luego de establecer los aspectos generales, podrá asumirse una postura sobre la posibilidad de su regulación.

-
- 1 Para ahondar en el fenómeno de la flexibilización o *flexiseguridad* pueden consultarse: Madsen, Kongshøj, "Flexiseguridad ¿Un nuevo programa para la reforma del mercado laboral en Europa?", en *Boletín Económico de ICE* núm. 2950, del 16 al 31 de octubre de 2008. Klammer, Ute, "Flexiseguridad: perspectiva europea", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 15, 1999. Fuente Lavin, Mikel de la, "Flexiseguridad y Política Europea de Empleo", en *Empleo de calidad, para acceder a unas condiciones de vida dignas. Análisis de las políticas de empleo y alternativa*, España, Ipar Hegoa-Ikasketa Sindikaletarako Fundazioa, 2008.
 - 2 Bollé, Patrick, "El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116 (1997), núm. 4 (invierno), pp. 605-628.
 - 3 Grisolia, Julio Armando, *Manual de derecho laboral*, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 199.
 - 4 Bollé, Patrick, *op. cit.*, nota 2, p. 605.
 - 5 Organización Internacional del Trabajo, *El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre de 2011)*, Ginebra, OIT, 2011, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_162148.pdf.

II. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN GUATEMALA

En atención al principio de supremacía de la Constitución, es pertinente partir de la norma suprema. El artículo 102 constitucional desarrolla los derechos sociales mínimos de los trabajadores. En este apartado únicamente se hará mención de la literal a), que regula: “a) *Derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna*”.

Por su parte, el artículo 106 constitucional prevé la irrenunciabilidad de los derechos contenidos en el artículo al que se ha hecho mención, salvo que estos sean superados a través de la contratación individual o colectiva.

De las disposiciones normativas descritas, se establece que no existe una regulación de la contratación laboral, ya que únicamente se refiere a la individual y a la colectiva (esta última no será abordada en el presente trabajo de investigación), pero sí contempla el elemento de la voluntariedad para la elección del trabajo, y que este debe satisfacer las necesidades económicas del trabajador y su familia.

A efecto de determinar las formas de contratación en el ordenamiento jurídico guatemalteco hay que estar al contenido del artículo 25 del Código de Trabajo, el cual contempla tres formas de contratación individual: a) por tiempo indefinido; b) a plazo fijo (se determina la fecha para su terminación); y c) para obra determinada. No obstante lo anterior, existen otras formas de contratación individual; estas se contemplan en el artículo 27 del mismo código, que se relacionan con las actividades agrícolas o ganaderas, servicio doméstico, trabajos accidentales o temporales (no exceden de sesenta días).

De lo antes expuesto, es posible colegir que, fuera de los casos expresamente establecidos en la ley, no es viable la existencia de otro tipo de contrato individual de trabajo, de lo cual se evidencia que el trabajo a tiempo parcial, como una modalidad de este tipo de contratación, no se encuentra prevista en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

III. REGULACIÓN DE LA JORNADA LABORAL

Al haber determinado que este tipo de contratación (a tiempo parcial) no se contempla en la legislación nacional como una modalidad de contratación individual, conviene efectuar un estudio de la regulación en torno a la jornada laboral, a efecto de determinar si a través de esta, sería viable encuadrar aquel tipo de trabajo.

Los tipos de jornadas, así como la duración de estas, se encuentran contenidos en el artículo 102 literal g) de la Constitución Política de la República de Guatemala. En el precepto constitucional se establecen tres tipos de jornadas: diurna, nocturna y mixta. La primera no puede exceder de ocho horas diarias (cuarenta y cuatro a la semana); la segunda no puede exceder de seis horas diarias (treinta y seis a la semana); y la tercera, contempla un máximo de siete horas diarias (cuarenta y dos a la semana).

Fuera de los casos contenidos en dicha norma, también es viable la existencia de una jornada extraordinaria, entendida como el trabajo efectivo desarrollado fuera de los límites contenidos para las jornadas previamente relacionadas, y conlleva un pago superior (al menos con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos); la jornada descrita también encuentra un límite, que corresponde a doce horas diarias, incluyendo la jornada ordinaria (artículo 122 del Código de Trabajo).

La disposición constitucional se desarrolla en el título tercero, capítulo tercero, que regula lo relativo a las jornadas de trabajo; cabe señalar que salvo determinadas acotaciones, la regulación es la misma que se acaba de exponer.

De lo expuesto podría considerarse que al establecerse límites máximos, no así mínimos, sería viable la contratación a tiempo parcial, es decir, una parte de la jornada (que requiere el cumplimiento de otros requisitos doctrinarios); pero esto no es así, como se expondrá a continuación.

El propio artículo 102 literal g) de la Constitución Política de la República, en su segundo párrafo, contempla: *“Quienes por disposición de la ley por la costumbre o por acuerdo con los empleadores laboren menos de cuarenta y cuatro horas semanales en jornada diurna, treinta y seis en*

jornada nocturna, o cuarenta y dos en jornada mixta, tendrán derecho a percibir íntegro el salario semanal [...]”.

Al efectuar la lectura del artículo constitucional, se determina la imposibilidad de que concorra un contrato a tiempo parcial, pues precisamente uno de los aspectos que lo caracteriza es la posibilidad del empleador de pagar un salario menor al de la jornada laboral, esto como una forma de flexibilización. Por lo que sería inconveniente para el empleador pactar una jornada laboral a tiempo parcial, si de todas formas estaría obligado a cancelar como si se tratara de una jornada completa.

El razonamiento anterior también permite desvirtuar determinadas corrientes que sostienen lo contrario, que parten como premisa del contenido de la literal b) del artículo 102 constitucional, que dispone: *“Todo trabajo será equitativamente remunerado, salvo lo que al respecto determine la ley”* y de lo contenido en la literal g), que indica: *“[...] La ley determinará las situaciones de excepción muy calificadas en las que no son aplicables las disposiciones relativas a las jornadas de trabajo [...]”.*

Al realizar un análisis de ambas literales, se determina que efectivamente todo trabajo deberá ser equitativamente remunerado, aspecto este que no genera controversia, pues lo que el constituyente quiso limitar era que el trabajador desempeñara sus actividades y que no percibiera la remuneración que le correspondía. Esta postura encuentra sustento en la interpretación que ha realizado la Corte de Constitucionalidad (expedientes 239-97, 194-98 y 70-00).

De igual forma, cuando se hace referencia a la literal g), se establece la posibilidad de establecer excepciones a las jornadas laborales reguladas en esa disposición constitucional, requiriendo que estas sean determinadas por una ley. Pero este no es el único requisito contemplado por la Constitución, sino que a la vez se precisa que sean excepciones muy calificadas, es decir, que no es viable plasmar una jornada diferente por cualquier causa, esto principalmente por la naturaleza tutelar de este tipo de derecho. Por lo que en caso de concurrir los requisitos constitucionales, sería posible la regulación del trabajo a tiempo parcial, que como se indicó, el aspecto más complicado a resolver sería delimitar cuáles pueden considerarse como excepciones muy calificadas.

No obstante lo expuesto, en la actualidad dentro del ordenamiento jurídico no existe ley alguna que limite la jornada laboral; por ende, al no cumplirse los supuestos constitucionales, es inviable el trabajo a tiempo parcial como una forma de contratación individual.

Al no existir legalmente la figura de la contratación a tiempo parcial, en caso de concurrir una jornada menor de trabajo se deberá estar a que la persona ha laborado la jornada completa (diurna, nocturna o mixta). Por ende, se le deberá efectuar el pago equivalente a esta última, con lo cual no existe diferencia alguna en lo relativo a las cotizaciones para acceder a la seguridad social.

IV. INICIATIVA DE LEY NÚMERO 4648 PRESENTADA POR EL ORGANISMO EJECUTIVO (LEY REGULADORA DEL TRABAJO POR HORA Y SU INCLUSIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL)

La iniciativa a la que se hace referencia, como su nombre lo indica, tiene por objeto regular el trabajo que se presta por horas. El fundamento para la emisión de la ley se encuentra en la exposición de motivos, así como en la parte considerativa de la misma. Así, en la parte considerativa de la iniciativa de ley se contempla como finalidad: “[...] *remediar el sinnúmero de relaciones laborales que no gozan de la tutela jurídica laboral, fomentando la integración a la legalidad laboral a todos aquellos sectores de la población que prestan sus servicios por horas* [...]”.

Como ya ha sido expuesto con anterioridad, si bien en la legislación nacional no se prevé la regulación del trabajo a tiempo parcial, también lo es que el marco jurídico establece que en caso de que esto concurra, puede acudir a la vía jurisdiccional para remediar esta situación, al contemplar que el trabajo será equiparable a aquel desempeñado en un jornada ordinaria. Si la pretensión es evitar que concurren estas violaciones, no es por la vía legislativa como se logra dicho objetivo, ya que en el supuesto que existan estas infracciones laborales, lo idóneo sería la supervisión por parte de la Inspección General de Trabajo.⁶

6 Artículo 278 del Código de Trabajo: “*La Inspección General de Trabajo, por medio de su cuerpo de inspectores y trabajadores sociales, debe velar porque patronos, trabajadores y organizaciones sindicales, cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos que normen las condiciones de trabajo y previsión social* [...]”.

Aunado a lo anterior, se apreció que la regulación constitucional para permitir la flexibilización de la jornada laboral requiere la concurrencia de una situación muy calificada, la cual no puede ser la antes expuesta, ante lo cual sería necesario modificar las motivaciones para la emisión de esa regulación, a efecto sea conforme al texto constitucional.

Se ha hecho referencia a los fines y objetivos que persigue la contratación a tiempo parcial, por lo que es pertinente analizar determinados aspectos contemplados en el proyecto de ley, a efecto de establecer si aquellos son compatibles con la regulación que se pretende incorporar al ordenamiento jurídico guatemalteco.

En el artículo 3, relativo al ámbito de aplicación, en el proyecto de ley se contempla que esta modalidad de contratación no puede aplicarse a las relaciones laborales existentes con anterioridad a su vigencia. Esta disposición normativa contradice uno de los principios del trabajo a tiempo parcial, como lo es la voluntariedad, esto porque si los trabajadores (se entiende que en condiciones normales) decidieran optar por esta modalidad (por causas de estudio, familiares, etc.) no podrían acceder por dicha prohibición; esto impide en parte los beneficios de este trabajo.

Un ejemplo de lo anterior se observa en el caso de trabajadores que están próximos a su jubilación, cuyo conocimiento es indispensable para el patrono, por lo que podría modificarse su contrato para que fuera a tiempo parcial y así que otro trabajador pudiera ir asumiendo de forma progresiva sus funciones para evitar algún contratiempo. Esta situación no sería viable en el ordenamiento jurídico guatemalteco si se aprueba dicha iniciativa como se encuentra regulada, ya que la jornada laboral de aquel trabajador no podría ser variada.

Las prestaciones laborales contenidas en el Código de Trabajo se encuentran reconocidas para los trabajadores sujetos a este régimen, y se hace énfasis en que serán obtenidas de forma proporcional (artículo 4). Sobre el particular, cabría efectuarse matizaciones que son fundamentales, ya que no todas las prestaciones laborales pueden ser cuantificadas en dinero. Un ejemplo de esto lo sería el período de vacaciones al que tiene derecho todo trabajador, o bien las licencias de las que puede gozar, entre otras, por lo que es necesario una

regulación más detallada, a efecto de evitar posibles lagunas que afecten al trabajador.

En el artículo 5 se define qué debe entenderse por contrato de trabajo por horas, en que se indica: *“El contrato de trabajo por horas es aquel en virtud del cual el trabajador se obliga a prestar servicios durante un determinado número de horas al día, a la semana, quincena o mes [...]”*. Esta definición resulta imprecisa, porque si bien indica en qué consiste este trabajo, también lo es que hay aspectos que se omiten y que revisten especial relevancia; uno de estos es establecer límites máximos y mínimos dentro de los cuales pueda establecerse la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, a efecto de evitar posibles abusos, como lo sería fijar un horario que fuera un poco menor al de la jornada ordinaria, o bien que fuera muy bajo, lo que afectaría los ingresos del trabajador.

Sobre este mismo aspecto, se establece que la jornada no podrá violar o modificar los límites constitucionalmente establecidos, pero únicamente cuando exista una relación laboral preexistente, de lo que se entendería que podría variarse aquella jornada si es una relación laboral nueva. Así también, se contempla la posibilidad de equiparar la jornada normal con la de tiempo parcial, ya que no es prohibido que las personas pudieran trabajar las mismas horas que las establecidas para las diversas jornadas, con lo cual se desvirtúa claramente la naturaleza de la contratación que se estudia.

Finalmente, uno de los aspectos más relevantes, cuya regulación no es acorde con el resto del ordenamiento jurídico, es la relativa a la previsión social, pues si bien se hace referencia a que el trabajador deberá gozar de todas las medidas de seguridad social, también lo es que los beneficios que obtenga serán proporcionales. La crítica que se formula es similar a la antes expuesta, en el sentido que hay prestaciones derivadas de la seguridad social que no pueden ser calculadas proporcionalmente, por lo que deberían ser otorgadas de forma equivalente a la de los trabajadores que desempeñan jornadas laborales completas.

Podría afirmarse que lo anterior vulneraría el derecho de igualdad, ya que estos últimos contribuyen con mayores recursos a través de sus cotizaciones, mientras que los que trabajan por hora, lo hacen sobre un monto menor, lo cual es cierto, por lo que

sería viable que el Estado completara el porcentaje que haría falta, a efecto de equipararlos, y que así todos disfruten de los beneficios de la seguridad social.

V. CONVENIO 175 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, RELATIVO AL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL (1994)

El convenio relacionado no forma parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, en virtud de no haber sido ratificado por el Estado; no obstante lo anterior, se estima que este, junto con la recomendación número 182, contemplan una regulación más prolija de este tipo de trabajo, por lo que se estima pertinente analizarlo, a efecto de determinar la viabilidad de su incorporación.

Previo a efectuar el estudio correspondiente, cabe señalar que el anterior Gobierno, así como el actual, han buscado la ratificación de este convenio, pero se han encontrado con la férrea oposición del sector sindical, lo cual ha impedido que en los últimos años se pueda asumir una postura oficial a favor de este tema.

El artículo 1, en su literal a), define qué se entiende por trabajador a tiempo parcial y contempla como uno de los elementos relevantes lo relativo a que la jornada tendrá una duración normal inferior a la de tiempo completo. Aquí se aprecia ya una diferencia respecto a la iniciativa de ley que fue estudiada en el apartado anterior, pues en este instrumento internacional sí se determina que la jornada debe ser inferior a la del tiempo completo, aspecto que aunque parezca obvio, no se regula en aquel proyecto. Aunque cabe señalar que esta regulación es un tanto amplia, pues de igual forma no establece límites máximos, por lo que se corre el riesgo de tergiversar el espíritu de esta forma de contratación.

El artículo 3 prevé la posibilidad de excluir de forma total o parcial determinadas categorías de trabajo, pero para el efecto debe consultarse con las organizaciones patronales y de trabajadores. Este elemento resulta de suma importancia, ya que el trabajo a tiempo parcial no debe implicar una generalización a todos los ámbitos laborales, porque precisamente tiene una naturaleza excepcional, con objetivos bien delimitados.

El artículo 6 determina que los trabajadores bajo esta modalidad deben gozar de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable (en cuanto a los regímenes de seguridad social); esto es acorde con el contenido del artículo 7. Estos preceptos son más amplios y garantistas que el contenido en la iniciativa de ley, pues se busca una paridad de condiciones, dejando abierta la posibilidad de asumir la modalidad que se estime más idónea.

El artículo 8 prevé la posibilidad de que los Estados regulen límites mínimos para este tipo de trabajo, así como el hecho de que los trabajadores que laboren menos de aquellos puedan ser excluidos de determinados beneficios (seguridad social y determinadas medidas de protección); cabe hacer mención, que se exhorta a que dichos límites sean lo suficientemente bajos, para no excluir de los beneficios a un porcentaje relevante de trabajadores.

El artículo 10 contempla uno de los elementos básicos para la contratación a tiempo parcial, como lo es la voluntariedad, aspecto que es de fácil comprensión, pero que en la práctica su cumplimiento es muy dificultoso. En efecto, se entiende que tanto el patrono como el trabajador deben estar de acuerdo en que este último desempeñe sus labores en una jornada inferior a la ordinaria; esto, en teoría, no presenta mayores dificultades.

No obstante lo anterior, en la mayoría de los casos si bien el trabajador acepta libremente acogerse a este régimen laboral, lo hace en virtud de ser la única posibilidad de ingresar al mercado laboral, ante la inexistencia de otras opciones de trabajo, lo que constituye un desempleo visible.⁷ Y esto queda corroborado, al menos en aquellos países donde este tipo de trabajo se encuentra más desarrollado, en donde los estudios demuestran que la voluntariedad es prácticamente inexistente.

VI. CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico de Guatemala no contempla en la actualidad la contratación laboral a tiempo parcial, sin que esto sea óbice para que pueda ser incorporada, siempre y cuando

7 Bollé, Patrick, *op. cit.*, nota 2, p. 611.

se justifique su necesidad, al tenor de lo contemplado en la Constitución Política de la República.

2. La regulación más adecuada para el país, en atención a su mayor claridad conceptual, es el Convenio 175 de la OIT; aunque la normativa que desarrolle dicho instrumento deberá ser modificada para adecuarla, ya que existen aspectos cuya regulación deviene incompatible con dicha normativa, y en otros casos, existen disposiciones que permiten dejarla sin efecto de forma indirecta.

VII. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

BOLLÉ, Patrick, "El trabajo a tiempo parcial, ¿libertad o trampa?", en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 116 (1997), núm. 4 (invierno).

FUENTE LAVIN, Mikel de la, "Flexiseguridad y Política Europea de Empleo", en *Empleo de calidad, para acceder a unas condiciones de vida dignas. Análisis de las políticas de empleo y alternativa*, España, Ipar Hegoa-Ikasketa Sindikaletarako Fundazioa, 2008.

GRISOLIA, Julio Armando, *Manual de derecho laboral*, 5ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

KLAMMER, Ute, "Flexiseguridad: perspectiva europea", en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 15, 1999.

MADSEN, Kongshøj, "Flexiseguridad ¿Un nuevo programa para la reforma del mercado laboral en Europa?", en *Boletín Económico de ICE*, núm. 2950, del 16 al 31 de octubre del 2008.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, "El tiempo de trabajo en el siglo XXI. Informe para el debate de la Reunión tripartita de expertos sobre la ordenación del tiempo de trabajo (17-21 de octubre del 2011)", http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/--protrav/---travail/documents/publication/wcms_162148.pdf.

B. Normativas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Guatemala*.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto núm. 1441, *Código de Trabajo*.

_____, Iniciativa de ley número 4648 presentada por el Organismo Ejecutivo (*Ley reguladora del trabajo por hora y su inclusión al sistema de seguridad social*).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), Convenio 175, sobre trabajo a tiempo parcial.

Despido injustificado: mecanismos y normativa legal como forma de protección al trabajador*

Mgtr. Flor de María Sagastume Leytán**

Sumario: I. Regulación del despido injustificado en Guatemala. II. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Protocolo de San Salvador]. III. Normativa de protección al trabajador en caso de despido injustificado en la Unión Europea. IV. Doctrina de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de despido injustificado. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. REGULACIÓN DEL DESPIDO INJUSTIFICADO EN GUATEMALA

Previo a entrar a analizar el ordenamiento jurídico guatemalteco, es importante partir definiendo qué es el despido, para así determinar sus características. Para Krotoschin *“El despido es la declaración (acto*

* Artículo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre del 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: *“Reflexiones para la transformación de la sociedad”*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Magíster en Asesoría en Tributación por la Universidad Rafael Landívar. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria (mención *Cum Laude*) por la misma universidad. Actualmente, es coordinadora de Jurisprudencia de la Cámara de Amparo y Antejudio de la Corte Suprema de Justicia.

*jurídico) unilateral de una de las partes, dirigida a la otra y recibida (no aceptada) por ésta, que tiene por objeto la terminación del contrato”.*¹

Se aprecia entonces, que el despido no es más que una modalidad de terminación de los contratos de trabajo, la cual está contenida en el Código de Trabajo, específicamente en el artículo 76, que regula su procedencia cuando una o las dos partes le ponen fin a la misma, ya sea por la voluntad de una de ellas, por mutuo consentimiento o por la existencia de una causa imputable a la otra.

En el ordenamiento jurídico nacional, se verifica la existencia de causas voluntarias e involuntarias para dar por terminados los contratos de trabajo. Dentro de las causas voluntarias se encuentran: la renuncia expresa del trabajador, el mutuo consentimiento de las partes o el despido de forma directa o indirecta. Las causas involuntarias son aquellas en las cuales no media la voluntad de ninguna de las partes para dar por finalizado el contrato de trabajo; entre ellas, se encuentra la muerte del trabajador.

En el presente trabajo se abarcará lo relacionado con una de las causas voluntarias de terminación de los contratos de trabajo, específicamente en lo relativo al despido injustificado. En tal sentido, el artículo 78 del Código de Trabajo preceptúa:

La terminación del contrato de trabajo conforme a una o varias de las causas enumeradas en el artículo anterior, surte efectos desde que el patrono lo comunique por escrito al trabajador indicándole la causa del despido y éste cese efectivamente sus labores, pero el trabajador goza del derecho de emplazar al patrono ante los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, antes de que transcurra el término de prescripción, con el objeto de que pruebe la justa causa en que se fundó el despido. Si el patrono no prueba dicha causa, debe pagar al trabajador: a) las indemnizaciones que según este Código le pueda corresponder; y b) título de daños y perjuicios, los salarios que el trabajador ha dejado de percibir desde el momento del despido hasta el pago de su indemnización hasta un máximo de doce meses de salarios y las costas judiciales.

Al efectuar la lectura de la norma relacionada, se extrae que el patrono tiene la obligación de comunicarle por escrito al trabajador,

1 Krotoschin, Ernesto, *Manual de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1977, p. 128.

las causas que motivaron su despido; de igual forma, el trabajador debe cesar efectivamente sus labores. Si los supuestos descritos no concurren no puede existir terminación de la relación laboral. Ahora bien, si tales supuestos ocurren, el trabajador, conforme a la protección que goza (*in dubio pro operario*), puede demandar al patrono ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, con el objeto de que este pruebe la justa causa; si no la logra probar, tendrá que pagar por este concepto indemnización y daños y perjuicios.

El monto que debe pagarse por la indemnización equivale a un mes de salario por cada año laborado efectivamente, pero si el período de tiempo laborado es inferior a dicho lapso, debe efectuarse de forma proporcional al tiempo laborado. Para el cálculo se toma en consideración la fecha en que haya iniciado la relación laboral.

El trabajador recibe una cantidad dineraria a efecto de minimizar la pérdida del trabajo, y así no verse afectado económicamente durante el tiempo que le lleve encontrar un nuevo empleo.

La indemnización y los daños y perjuicios son medidas tendientes a la protección del trabajador que se encuentran reguladas en el derecho interno, así como reunidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos, para lo cual se hará una relación de los instrumentos en los cuales se encuentran contempladas.

II. PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES [PROTOCOLO DE SAN SALVADOR]

El Estado de Guatemala es parte de este protocolo, en virtud de haber sido ratificado mediante el procedimiento establecido en la Constitución. Dicho acuerdo entró en vigencia a partir del 5 de octubre del 2000, por lo que es en este momento cuando se convierte en parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, por ende, aplicable a todos los conflictos que versan sobre esas materias.

Una de las obligaciones contenidas en ese instrumento es la obligación de los Estados partes para adoptar disposiciones de derecho interno que regulen o desarrollen los preceptos normativos contenidos en ese protocolo, en el supuesto que la legislación interna no los tuvie-

ra previamente garantizados. De igual forma, uno de los objetivos es procurar el establecimiento de medidas que viabilicen la existencia de condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo.

A efecto de garantizar la viabilidad de esas condiciones, se prevén determinados derechos para los trabajadores que se encuentran contenidos en el artículo 7 del Protocolo, que establece:

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: [...] d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. (Énfasis añadido).

Uno de los elementos más relevantes en la relación laboral es la estabilidad de la que puede gozar el trabajador, cuya perturbación sin causa justa implica la existencia de un despido injustificado, como se hace referencia en aquella literal; la consecuencia jurídica que se deriva de esa situación es el derecho que poseen los trabajadores a: a) percibir una indemnización; b) la readmisión de empleo; y c) cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional.

Es evidente que al tenor de la regulación descrita, el derecho de los trabajadores es que la legislación contemple alguno de los presupuestos contenidos en esa norma, por lo que queda excluida la posibilidad de que el trabajador sea quien decida cuál de estas prestaciones desea adquirir, o bien, que pueda optar a más de una de estas, salvo que la legislación sobre la materia contemple tal posibilidad.

Por lo cual, si los Estados partes no tienen previstos dichos supuestos dentro de su ordenamiento jurídico, están en la obligación de ajustar su legislación. En el caso de Guatemala, como anteriormente se indicó, procede la indemnización en caso de despido injustificado; aunque también es procedente la readmisión en el empleo o reinstalación, pero esta norma tiene naturaleza *numerus clausus*, por lo que procede únicamente en estos cuatro supuestos: a) despido de una mujer embarazada o durante el período de lactancia; b) despido de dirigentes sindicales; c) despido de trabajadores que participen

en la constitución de un sindicato; y *d*) despido del conjunto de trabajadores, cuando el patrono se encuentre emplazado, derivado del planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social.

En ese entendido, en el ordenamiento jurídico guatemalteco si el trabajador es despedido de forma injustificada, puede demandar ante el órgano jurisdiccional correspondiente y solicitar la reinstalación, si se trata de alguno de los casos previamente relacionados; caso contrario, corresponde solicitar la indemnización y daños y perjuicios.

III. NORMATIVA DE PROTECCIÓN AL TRABAJADOR EN CASO DE DESPIDO INJUSTIFICADO EN LA UNIÓN EUROPEA

En Europa, la protección al trabajador se encuentra contemplada en la Carta Social Europea (CSE), la cual, como expone Mikel de la Fuente:

[...] fue elaborada por el Consejo de Europa y aprobada en Turín en 1966. En su Preámbulo se afirma que “la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus Miembros con objeto de salvaguardar y de promover los ideales y principios que son su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social, en particular mediante la defensa y el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales. Una limitación importante de la CSE está constituida por la posibilidad de los Estados de elegir, dentro de amplios márgenes, los derechos que se comprometen a reconocer. En 1996, el Comité de Ministros adoptó la CSE revisada, que entró en vigor el 1 de julio de 1999 y que mantiene abierta la posibilidad de elección “a la carta” de las obligaciones que asumen los Estados.²

En la CSE se reconoce el derecho a la protección en caso de despido, y se regula de la forma siguiente:

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el

2 Fuente Lavín, Mikel de la, “Artículo 30: La protección en caso de despido injustificado, insuficiente para contrarrestar la tendencia flexibilizadora y de subordinación de lo social”, en Fundación Leizaola (comp.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, España, Aranzadi, p. 407.

*derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.*³

Del contenido del artículo 24 de la CSE se desprende una regulación muy similar a la contenida en el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Pero dicha disposición no es la única que regula lo relativo al despido, sino que además, hay otros preceptos normativos relevantes. Así, el artículo 8.3 considera ilegal el despido de una mujer durante el período comprendido entre la notificación de su embarazo y el final del permiso de maternidad. El artículo 27.3 obliga a los Estados a asegurar que las responsabilidades familiares no constituyan, por sí mismas, una causa válida de despido. Finalmente, el artículo 29 obliga a los empleadores a informar y consultar con antelación a los representantes de los trabajadores, en caso de despido colectivo, con el fin de analizar las posibilidades de evitar o limitar esos despidos o de atenuar sus consecuencias mediante medidas de acompañamiento.⁴

Otro de los instrumentos internacionales que contiene normas protectoras de los derechos de los trabajadores, es el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo. El Convenio se adoptó en Ginebra en 1982, en el cual se tomó en consideración las recomendaciones formuladas en 1963, así mismo se consideró oportuno adoptar nuevas normas internacionales en la materia, debido a los grandes problemas que se plantean como consecuencia de las dificultades económicas.

Este instrumento se encuentra conformado por 22 artículos, los cuales son de obligatorio cumplimiento para las partes contratantes; es conveniente hacer mención que Guatemala no es parte de dicho Convenio, por lo que no constituye normativa aplicable para este Estado, lo cual no es óbice para analizar parte de su contenido, debido a la relevancia que presenta.

3 Artículo 24 de la Carta Social Europea.

4 Fuente Lavín, Mikel de la, *op. cit.*, nota 2, p. 411.

El artículo 12 de ese instrumento internacional establece:

1. De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a) a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores; b) a las prestaciones del seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones; o c) a una combinación de tales indemnizaciones o prestaciones. 2. Cuando el trabajador no reúna las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de alcance general, no será exigible el pago de las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a), del presente artículo por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo en virtud del apartado b) de dicho párrafo. 3. En caso de terminación por falta grave podrá preverse la pérdida del derecho a percibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas en el párrafo 1, apartado a) [...].

Dentro de esta regulación se establece la obligación para los Estados Parte de modificar la legislación, a fin de que se garantice a los trabajadores, en caso de terminación de la relación laboral, que se haga efectiva una indemnización por los servicios prestados; de igual forma, se regula la prestación de seguro de desempleo o una combinación de ambas.

En Guatemala la indemnización se encuentra regulada como protección al trabajador en caso de despido injustificado. Ahora bien, el seguro de desempleo no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que se estima conveniente la adopción de dicho convenio para poder crear dicho seguro como medio de protección al trabajador, el cual estaría a cargo del Estado.

IV. DOCTRINA DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA EN MATERIA DE DESPIDO INJUSTIFICADO

El tribunal constitucional guatemalteco ha emitido una serie de pronunciamientos relativos a los derechos que posee el trabajador cuando ha sido despedido de forma injustificada. Los pronunciamientos han versado sobre la regulación interna (Código de Trabajo),

así como la interpretación que debe conferírsele al Protocolo de San Salvador. En ambos casos se ha sentado doctrina legal.⁵

El primer caso objeto de estudio, es la sentencia de fecha 27 de enero de 2012, dictada dentro del expediente número 4187-2011, promovido por la entidad Fundación Educativa Fe y Alegría, la cual acude en amparo señalando como acto reclamado la resolución que declaró con lugar la solicitud de reinstalación que promovió en su contra William Estuardo Mendoza González, quien fue destituido de su cargo de forma indirecta, sin que mediara autorización judicial por encontrarse emplazada, como consecuencia del planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social. El trabajador solicitó su reinstalación, pago de salarios dejados de percibir y demás prestaciones a las que tenía derecho.

La Corte de Constitucionalidad, al dictar sentencia, expuso:

[...] no comparte el criterio sustentado por el Tribunal de Amparo de primera instancia, ya que al efectuar el análisis de las constancias procesales se establece que: a) el diecisiete de abril de dos mil nueve, William Estuardo Mendoza González promovió diligencias de reinstalación contra la Fundación Educativa Fe y Alegría, aduciendo que fue destituido en forma indirecta sin que esa entidad contara con la autorización judicial respectiva, por el hecho de encontrarse emplazada como consecuencia del planteamiento de un conflicto colectivo de carácter económico social (folio 3 del antecedente de primera instancia); y b) sin embargo, con anterioridad al planteamiento de la solicitud relacionada, el diecinueve de marzo de dos mil nueve, el trabajador manifiesta en la solicitud de reinstalación que aceptó el pago de su indemnización y demás prestaciones laborales, lo cual consta en el acta notarial autorizada en esta ciudad, en la fecha indicada, por el notario Luis Fernando Manrique García (cuya fotocopia simple obra, en el antecedente de primera instancia, y que fue aportada como medio de prueba por el ex trabajador, al solicitar la reinstalación referida –folio 2 del antecedente de primera instancia–). Con base en lo anterior, este Tribunal considera que la autoridad impugnada, al emitir el acto reclamado, violó los derechos denunciados por la amparista, ya que como quedó asentado, el trabajador previamente a solicitar su reinstalación, aceptó el pago de la indemnización y demás prestaciones laborales a las que según él tenía derecho, como consecuencia de la terminación de su relación laboral, lo que implica que

5 El artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece: “La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte [...]”.

William Estuardo Mendoza González renunció tácitamente a la reinstalación promovida, puesto que no puede privar el estricto rigor formalista en perjuicio del patrono y beneficio del trabajador, cuando éste ha pretendido inducir a error a las autoridades y a su propio patrono, al solicitar su reinstalación habiendo aceptado previamente el pago de indemnización y demás prestaciones, debido a que ambos beneficios no pueden subsistir conjuntamente.

En este mismo sentido se dictaron las sentencias dentro de los expedientes 902-2010, 1160-2011 y 3691-2011. De estos fallos se establece que si el trabajador despedido injustificadamente solicita la reinstalación e indemnización (cuando es procedente la primera de aquellas), se entiende que una vez el trabajador acepte el pago de su indemnización y prestaciones laborales, es improcedente otorgar la reinstalación, pues con aquel actuar se concluye que existe una renuncia tácita, lo que evidencia que en nuestro ordenamiento jurídico no pueden coexistir ambas protecciones, por lo gravoso que sería para el empleador.

El segundo caso es la sentencia de fecha 28 de enero de 2010, dictada dentro del expediente número 4498-2009 el cual es promovido por la Superintendencia de Administración Tributaria. Dicho ente acude en amparo en virtud que se declaró sin lugar la demanda ordinaria laboral promovida, solicitando dentro del juicio ordinario laboral la reinstalación, pago de salarios dejados de percibir y demás prestaciones a que tenía derecho.

La Corte de Constitucionalidad al dictar sentencia invocó el artículo 7 inciso d) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Protocolo de San Salvador] y estableció que:

[...] En cuanto a los agravios denunciados por la amparista, y teniendo en cuenta la norma antes trascrita, esta Corte considera que la autoridad impugnada, al emitir la resolución que por esta vía se enjuicia, aplicó de forma equivocada el artículo 7, inciso d), del Protocolo antes indicado, ya que en el mismo no se establece expresamente el derecho de readmisión en el trabajo de quien haya sido despedido sin causa justa, sino que simplemente hace un reconocimiento de los derechos subjetivos (indemnización, readmisión o bien cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional), a que pueda tener derecho el trabajador en caso de despido injustificado, por lo que se considera que la autoridad recurrida se excedió en el ejercicio de las facultades que legalmente tiene conferidas al ordenar la reinstalación del trabajador, ya que la norma en que fundamentó sus consideraciones, simplemente indica los

derechos a que puede optar un trabajador en caso de ser despedido injustificadamente, los cuales están sujetos a lo establecido en la legislación nacional y son excluyentes entre sí [...].

En atención a dicho pronunciamiento, se corrobora que la jurisprudencia es conteste en cuanto a la aplicación del artículo 7 inciso d) del Protocolo de San Salvador, en el sentido que se puede solicitar la reinstalación únicamente si dentro de la normativa interna está incluida como un supuesto de aplicación; caso contrario, se deberá solicitar la indemnización; y en el caso que aplicaran ambas, una es excluyente de la otra.

V. CONCLUSIONES

1. La protección contra el despido se encuentra reconocida no únicamente en la regulación interna, sino que también en instrumentos internacionales de derechos humanos; en el caso de Guatemala, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en el caso de la Unión Europea, a través de la Carta Social Europea, así como en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea.
2. El Convenio de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (158) es un instrumento de protección al trabajador, el cual incluye la figura de seguro de desempleo, por lo que es conveniente que Guatemala suscriba dicho convenio internacional.
3. En el ordenamiento jurídico guatemalteco las consecuencias por el despido injustificado son: la indemnización y daños y perjuicios, por una parte, y la reinstalación (en los cuatro supuestos establecidos expresamente por la ley); pero es inviable la pretensión de solicitar ambas, pues son consideradas excluyentes entre sí.

VI. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

FUENTE LAVÍN, Mikel de la, “Artículo 30: La protección en caso de despido injustificado, insuficiente para contrarrestar la tendencia flexibilizadora y de subordinación de lo social”, en Fundación

Leizaola (comp.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, España, Aranzadi.

KROTOSCHIN, Ernesto, *Manual de derecho del trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1977.

B. Legales

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Decreto 1-86, *Ley de Amparo, Ex-hibición Personal y de Constitucionalidad*.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 1441, *Código de Trabajo de Guatemala*.

CONSEJO DE EUROPA, *Carta Social Europea*.

_____, *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea*.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)*.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio número 158, sobre la terminación de la relación de trabajo*.

El fraude de ley en materia laboral en Guatemala*

Mgtr. Jorge Estuardo Ceballos Morales**

Sumario: I. Introducción. II. Planteamiento del problema. III. Marco jurídico. IV. Análisis sobre la vigencia del derecho del trabajo. V. Principio laboral: primacía de la realidad. VI. Formas de fraude. VII. Elementos de la relación de trabajo. VIII. Efectos del fraude. IX. Cita de la Encíclica *Laborem Exercens*. X. Conclusiones. XI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, el derecho es uno, pero para su mejor aplicación y entendimiento se divide en ramas: derecho civil, derecho administrativo, derecho constitucional, derecho laboral, entre otros.

El derecho del trabajo o derecho laboral se traduce en un marco jurídico que sirve para compensar las desigualdades que se dan en el ámbito laboral: la relación entre quien tiene los recursos o el capi-

* Ensayo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: “Reflexiones para la transformación de la sociedad”.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Magíster en Derecho Económico Mercantil, Operaciones Bancarias y Bursátiles de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (2007). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar (1992). Fue secretario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar (1993-1995); jefe del Área Procesal de la citada Facultad (1999-2002); catedrático de Derecho Procesal Civil y Mercantil en la mencionada Facultad (1992 a la fecha). Es director del bufete profesional Ceballos & Asociados (1992 a la fecha.)

tal, y quien presta sus servicios. El Estado dispone por medio de la regulación constitucional y ordinaria, crear mecanismos en los que se trata de compensar esa desigualdad.

Es por ello que se habla de la *tutelaridad* de las leyes laborales, ya que se trata de proteger a la parte que mantiene una desigualdad en el aspecto económico-social. Asimismo, como veremos, las normas que regulan el derecho del trabajo son de orden público, es decir, que se sobreponen a la libertad de contratación y autonomía de la voluntad, en la que no obstante la participación “formal” del trabajador al momento de suscribir contratos, convenios o acuerdos, si estos atentan contra las garantías “mínimas” que disponen las normas laborales, pueden ser declarados nulos de pleno derecho.

Es por ello que el derecho laboral difiere, por esencia, del derecho civil, en que las partes se encuentran en una posición de igualdad (contratos o negocios civiles: compraventa, arrendamiento) y pueden, bajo el concepto de autonomía de la libertad de contratación, celebrar contratos, acuerdos o convenios.

Para los efectos del presente trabajo, esto resulta de sumo importante ya que, como veremos, en nuestro país se está utilizando una mala práctica en que se pretende adecuar las relaciones laborales a una contratación civil o mercantil, generando lo que se ha conocido como el “disfraz de la relación laboral”, que dicho en palabras técnicas, a mi modo de ver, es el fraude de ley.

Pretendo, con este trabajo de investigación, determinar que algunas de las contrataciones que hoy se utilizan en Guatemala, en el devenir de la globalización, se han mal utilizado queriendo hacer creer una relación civil, comercial (mercantil) o de otra naturaleza. Señalo el marco jurídico que contiene el fraude de ley en Guatemala, partiendo desde la Constitución Política, el Código de Trabajo, el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial. Señalo algunos de los contratos que se utilizan en fraude de ley, tales como el de arrendamiento y el contrato de obra, entre otros. Asimismo, analizo la forma en que puede demandarse, por la vía laboral, la nulidad de dichos acuerdos; contando además con los efectos que conlleva dicha nulidad, que se dan desde el aspecto laboral, indemnizatorio, civil y penal. Por último, recalco lo que Juan Pablo II (beato), señalaba en

la Encíclica *Laborem Exercens*, sobre el derecho del trabajo, para que todos los operadores de justicia, actores y protagonistas en esta rama jurídica, tomemos conciencia de la razón de ser y naturaleza de las normas laborales.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La pregunta de la investigación se centra en señalar si en Guatemala existe fraude de ley al disfrazar la relación laboral con contratos típicos o atípicos de connotación civil o mercantil.

III. MARCO JURÍDICO

A. El derecho del trabajo

1. *Concepto*

El derecho del trabajo o derecho laboral, como creación del hombre, de la comunidad, fue formulado con un fin específico, que es en última instancia, mantener la armonía en las relaciones entre trabajadores y empleadores; establecer un justo balance entre quienes se benefician del vínculo laboral: el que aporta el trabajo y el que paga el servicio.¹

2. *El contrato de trabajo*

El artículo 18 del Código de Trabajo define al contrato individual de trabajo, señalando que contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a presentar 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.² Los rasgos característicos de la relación laboral se enmarcan en la subordinación, la dependencia continuada del trabajador y una dirección inmediata o delegada del empleador.

1 Fernández Molina, Luis, *Derecho laboral guatemalteco*, Guatemala, Inversiones Educativas/IUS-ediciones, 2011.

2 Congreso de la República, Decreto 1441, *Código de Trabajo*, art. 18.

B. Protección constitucional del derecho del trabajo

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce y protege el derecho humano al trabajo en la categoría correspondiente a los *derechos sociales* (sección octava, capítulo II, título II, artículos 101 al 117).³ “*El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. El régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social*” (art. 101 de la Constitución Política).

C. El acto jurídico

El acto jurídico es la manifestación de voluntad hecha con la intención de crear, modificar o extinguir un derecho.⁴

D. La nulidad *ipso jure*

1. Base constitucional del fraude de ley laboral

El artículo 106 constitucional regula la *irrenunciabilidad* de los derechos laborales para los trabajadores. Contiene, desde mi punto de vista, la normativa marco relativa a considerar *nulas de pleno derecho*, y que no obligan a los trabajadores, aunque se expresen en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, en los tratados internacionales ratificados por Guatemala, en los reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo. En caso de duda sobre la interpretación y alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.

Los derechos que se reconocen están claramente delimitados en el artículo 102 como derechos sociales mínimos, dentro de ellos: libertad en elección de trabajo, remuneración, igualdad del trabajo, jornadas, entre otros.

Desde mi perspectiva, esta es la base constitucional que contiene el fraude de ley; efectivamente quiero detenerme en la parte que señala: “*las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación*”

3 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República de Guatemala*, art. 101.

4 Lutzesco, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, Porrúa, 1980, p. 29.

o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores". Quiere decir que cualquier disposición o convenio que implique dichas circunstancias, se considera nulo de pleno derecho.

2. *Base legal-ordinaria del fraude de ley*

El Código de Trabajo, en su artículo 12, contiene una definición similar a la Constitución, pero agrega lo siguiente: "*Son nulos ipso jure y no obligan a los contratantes, todos los actos o estipulaciones [...]*"; contiene dos connotaciones especiales adicionales. Por un lado, menciona a **los contratantes (empleador y trabajador)**; y, además, agrega la palabra **actos**. Quiere decir que todos aquellos actos o estipulaciones contractuales (negocios jurídicos) de esa naturaleza, no obligan y son nulos de pleno derecho.

3. *Fraude de ley*

a. *Concepto*

i. *Doctrina*

La consagración del fraude es el desprestigio máximo y la negación del derecho, fuente incesante del descontento en el pueblo y burla de la ley.⁵ Se trata de sancionar las maniobras de los individuos que, con base en un ardid, tratan de sacar partido de las reglas jurídicas a fin de beneficiarse de un derecho o, más generalmente, de una ventaja de la que no deberían aprovecharse.⁶ Fraude, engaño, falsedad, encubrimiento, truco, farsea, deformación. Todas estas palabras pueden utilizarse para calificar el problema de la simulación de la relación o del contrato de trabajo.⁷

ii. *Concepto legal*

La Ley del Organismo Judicial establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán

5 Ruzafa, Beatriz, "Apostillas sobre la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada írrita o fraudulenta", en Peyrano, Jorge (dir.), *La impugnación de la sentencia firme*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2009, t. I.

6 Franco López, Landelino, *El acto simulatorio y el fraude de ley*, Guatemala, Fénix, 2008.

7 Argueta R., Alejandro, *El disfraz de la relación de trabajo en Guatemala*, Guatemala, UGT, 2009, p. 17.

ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.⁸ Esta norma de feliz regulación en nuestro ordenamiento jurídico, es el marco legal conceptual que el legislador propuso para castigar con la declaratoria de nulidad, todos aquellos actos que comprendan la elusión de una norma, pretendiendo aplicar otra. Como veremos, hoy por hoy se utiliza la contratación civil o mercantil eludiendo la normativa laboral, constitucional y ordinaria relacionada con los contratos de trabajo.

b. Nulidad de los negocios jurídicos

El artículo 15 del Código de Trabajo contiene la aplicación del derecho común (civil). En ese contexto el Código Civil dispone en los artículos 1301 y 1302 los supuestos de nulidad de los negocios jurídicos; y que el juez puede declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico cuando resulte manifiesta.

E. Orden público

1. Orden público en el Código de Trabajo

El artículo 14 del Código de Trabajo dispone:

*El presente Código y sus reglamentos son **normas legales de orden público** y a sus disposiciones se deben sujetar todas las empresas de cualquier naturaleza que sean, existentes o que en lo futuro se establezcan en Guatemala, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexo ni nacionalidad, salvo las personas jurídicas de derecho público contempladas en el segundo párrafo del artículo 2. Igualmente deben aplicarse las disposiciones protectoras del trabajador que contiene este Código, al caso de nacionales que sean contratados en el país para prestar sus servicios en el extranjero. Asimismo quedan a salvo las excepciones que correspondan conforme a los principios del derecho internacional, y los tratados.*

IV. ANÁLISIS SOBRE LA VIGENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO

Se considera para algunos que el derecho del trabajo ha muerto; se apresuran a escribir epitafios sobre la modernidad y el desarrollo. Acuden con alivio a lo que consideran el entierro de las leyes

8 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-89, *Ley del Organismo Judicial*, art. 4.

que establecen la protección social de los trabajadores. Sostienen el discurso que la globalización implica nuevas y modernas formas de organización del trabajo que deben ser implementadas para superar la supuesta rigidez de las leyes laborales.⁹

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.¹⁰

Tres son los problemas que pueden observarse: 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. El segundo corresponde a otra modalidad o disfraz: la tergiversación de las condiciones de trabajo. La tercera consiste en lo que se conoce como relaciones de trabajo "triangulares" o de subcontratación laboral y se produce como consecuencia del necesario proceso de descentralización productiva y que consiste en que una empresa principal subcontrata a otra empresa con el objeto de descentralizar su producción y aumentar su competitividad. Si, por ejemplo, la empresa subcontratada incumple sus obligaciones laborales, entonces surge el problema de determinar si la empresa principal es solidariamente responsable ante los trabajadores contratados.¹¹ En este caso, como veremos en el apartado correspondiente a los aspectos procesales, puede ser demandada o emplazada como tercero para vincularse a la decisión final.

V. PRINCIPIO LABORAL: PRIMACÍA DE LA REALIDAD

El contrato o relación de trabajo es lo que la ley dice que es y no lo que las partes desean que sea. Lo que determina la naturaleza jurídica de una relación o contrato de trabajo no es la voluntad de las partes sino la existencia de los elementos que la ley establece

9 Argueta R., Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 9.

10 *Ibidem*, p. 11.

11 *Ibidem*, pp. 12 y 13.

como criterios objetivos para la definición del ámbito de la relación de trabajo.¹²

VI. FORMAS DE FRAUDE

Cuando el empleador realiza el fraude al aparentar una relación de trabajo con cualquier forma de contratación civil o mercantil y el trabajador perjudicado logra demostrar que en realidad existen los elementos propios de un trabajo subordinado, entonces el empleador es responsable por el fraude cometido y debe responder por las consecuencias legales que se producen por haber encubierto la relación de trabajo.¹³

- a) *Contrato civil*: servicios profesionales, contrato de obra; contrato de arrendamiento de bienes muebles (empresas que prestan servicios de transporte público colectivo o taxis).
- b) *Contrato mercantil*: contrato de suministro (suministro de servicios de limpieza de edificios, oficinas, fábricas, hogares).

VII. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La subordinación es el elemento fundamental de la relación de trabajo.¹⁴ Conforme el artículo 19 del Código de Trabajo, todo trabajo realizado bajo las características del artículo 18 del mismo código debe ser considerado como una relación de trabajo. La subordinación es la característica principal de un contrato o relación de trabajo. Aunque el empleador y el trabajador mismo le hayan dado un nombre distinto al contrato que suscribieron –servicios profesionales, contrato de servicios administrativos, contrato de arrendamiento de vehículo, contrato de *outsourcing*, contrato de suministro, etc.–, si concurren los cinco elementos de la relación laboral, entonces existe un contrato o relación de trabajo.¹⁵

12 *Ibidem*, p. 32.

13 *Ibidem*, p. 34.

14 *Ibidem*, p. 39.

15 *Ibidem*, p. 43.

VIII. EFECTOS DEL FRAUDE

A. Nulidad

Si se sigue utilizando este tipo de mecanismos “fraudulentos” de contratación, los mismos pueden, a instancia de parte o de oficio –como lo permite la legislación laboral–, ser declarados nulos. Como se mencionó en este trabajo, los artículos 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala y el 12 del Código de Trabajo, contienen la nulidad de los actos o estipulaciones contrarios a las normas de trabajo. El juez, con base en las normas contenidas en los artículos 1301 y 1302 del Código Civil, puede declarar de oficio la nulidad de un negocio jurídico, cuando es manifiesta. Esto es aplicable en materia laboral (artículo 15 del Código de Trabajo).

1. Aspectos procesales

Un trabajador puede demandar a la empresa que lo ha contratado “formalmente”, sea por terminación del contrato fraudulento o por nulidad de dicho contrato; por otro lado, si la prestación de los servicios es a otra empresa, conforme lo disponen los artículos 326 del Código de Trabajo y 53 del Código Procesal Civil y Mercantil, se le puede demandar (litisconsorcio necesario) o emplazar como tercero (emplazamiento de terceros) para vincularlo a la decisión final (sentencia), artículos 57 y 58 del Código Procesal Civil y Mercantil.

El tema es la consecuencia. Si se logra determinar que el contrato civil o mercantil que disfracó el contrato laboral es nulo, ¿cuál es la consecuencia?; esa es la interrogante. Desde mi particular punto de vista, son varios los efectos; sin ser excluyentes ni exclusivos, a saber:

- a) Se declara nulo el contrato formal; pero como la relación existe de acuerdo con el principio laboral de primacía de la realidad, se declara la existencia “formal” de un contrato de trabajo.
- b) Pago de daños y perjuicios materiales y morales. Los materiales se circunscriben al pago de todas las prestaciones laborales que omitió; los perjuicios son las ganancias lícitas dejadas de percibir (Código Civil), y los daños morales, que se traducen en toda esa afectación que sufrió el trabajador y “su familia”; este último aspecto es de especial relevancia en el caso en que el trabajador

- no gozó de los derechos de descanso, asueto, vacaciones (debidamente remuneradas), aguinaldo, bono catorce, etcétera. Si bien esto podría encuadrarse en el aspecto de perjuicios, desde mi punto de vista se tendría que emplazar a los miembros de la familia como terceros coadyuvantes para que se les practique un examen psicológico con el fin de determinar la afectación que tuvieron porque el cabeza de casa (hombre o mujer, según el caso) no gozó de dichas prestaciones o beneficios laborales, afectando al núcleo familiar.
- c) Obligatoriedad en protección de seguro social. Otro elemento determinante es que, dada la obligatoriedad a la protección de seguridad social en Guatemala (artículo 100 de la Constitución Política de la República de Guatemala), el trabajador tiene derecho a que se le incorpore al Sistema de Seguridad Social y que tenga todos los beneficios que esta institución otorga: médicos, hospitalarios, de invalidez, sobrevivencia, entre otros. En el caso en que, en el ínterin de la relación “disfrazada” o “fraudulenta”, como se le ha llamado, hubiere ocurrido un accidente o un supuesto de riesgo de seguridad social, deberá indemnizarlo respecto a lo que el trabajador hubiere pagado en concepto de hospitalización, médicos, etcétera; no digamos si sufrió la pérdida o amputación de un miembro.
- d) Derecho a la reinstalación. Definitivamente si se encubrió una relación de trabajo y, bajo el ropaje fraudulento del contrato civil o mercantil, se terminó dicho contrato, el trabajador puede solicitar su reinstalación o reinserción, derecho que comprende todo lo relativo a su lugar de trabajo.
- e) Prohibición de indemnización por despido injustificado. Sostengo que dentro de los efectos de la sentencia, se debe conminar al empleador que tiene prohibido despedir al trabajador bajo el supuesto de que le pagará todas sus prestaciones; lo que un trabajador y su familia persiguen es el elemento de estabilidad o sostenibilidad laboral. De ello resulta importante e imperativo, dada la naturaleza imperativa del derecho de trabajo, que no es posible acceder a que se despida, aun con pago de indemnización, a menos que la indemnización se circunscriba a todos los daños materiales y morales que ello implica, rebasando lógica-

mente todo lo que se considera como indemnización tradicional en Guatemala.

- f) Efectos penales. Uno de los efectos para el caso en que se declare procedente la demanda de nulidad, se refiere a que por la apariencia que se le dio al contrato, podría constituir un caso especial de estafa: “[...] *Quien otorgue, en perjuicio de otro, un contrato simulado [...]*” (art. 264, numeral 12 del Código Penal), procediendo que se certifique lo conducente en contra del empleador (o su representante legal, según el caso) por haber incurrido en el otorgamiento de un contrato simulado en perjuicio del trabajador.
- g) El resarcimiento del pago indebido de impuestos. Otro elemento de consecuencia jurídica en el caso de la declaratoria de nulidad, se relaciona con el caso en que, para establecer una relación simulada civil o mercantil, al trabajador se le obligó abrir una entidad o empresa, y por consiguiente, a emitir facturas, lo que le implicó costos en pago de impuestos, contabilidad, etcétera, situación que debe resarcir el empleador, debiendo notificarse a las empresas fiscales y al Registro Mercantil, la cancelación de la empresa simulada. Asimismo, el empleador tuvo beneficios fiscales al momento en que el trabajador le extendió una factura; en este caso lo tuvo como gasto que es deducible de impuestos.

IX. CITA DE LA ENCÍCLICA *LABOREM EXERCENS*

[...] 12. *Prioridad del trabajo.*

Ante la realidad actual, en cuya estructura se encuentran profundamente insertos tantos conflictos, causados por el hombre, y en la que los medios técnicos —fruto del trabajo humano— juegan un papel primordial (piénsese aquí en la perspectiva de un cataclismo mundial en la eventualidad de una guerra nuclear con posibilidades destructoras casi inimaginables) se debe ante todo recordar un principio enseñado siempre por la Iglesia. Es el principio de la prioridad del «trabajo» frente al «capital». Este principio se refiere directamente al proceso mismo de producción, respecto al cual el trabajo es siempre una causa eficiente primaria, mientras el «capital», siendo el conjunto de los medios de producción, es sólo un instrumento o la causa instrumental. Este principio es una verdad evidente, que se deduce de toda la experiencia histórica del hombre [...].

Juan Pablo II, Encíclica *Laborem Exercens*

X. CONCLUSIONES

1. El derecho del trabajo contiene un marco jurídico en que se trata de compensar las desigualdades que se dan en el ámbito laboral: empleadores y trabajadores, por ello es tutelar y sus normas son de orden público.
2. La prestación de los servicios o ejecución de una obra en el ámbito laboral tienen la connotación especial que son de carácter personalísimo, a diferencia de las relaciones civiles y mercantiles, en las que puede, inclusive, sustituirse a la persona que los presta.
3. Nuestra legislación contempla la nulidad de los actos que se ejecutan en fraude de ley, las cuales están contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Trabajo, el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial.
4. La relación laboral tiene como elementos característicos el vínculo económico-jurídico, la prestación personal de servicios; la dependencia continuada, la dirección inmediata y la retribución.
5. La contratación civil o mercantil utilizada en relaciones laborales, contiene vicio de fraude a la ley, por lo que dichos contratos son nulos.
6. Los efectos y consecuencias de la declaratoria de nulidad de contratos civiles y mercantiles en relaciones laborales son de índole laboral (declaratoria de existencia de la relación laboral), indemnizatorio, de protección a la seguridad social, fiscal y penal, entre otros.
7. Los tribunales de justicia en materia laboral tienen potestad de declarar, aun de oficio, la nulidad de las contrataciones civiles o mercantiles que impliquen relaciones laborales.
8. El Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales competentes, debe mantener y resguardar el derecho laboral tal y como se encuentra concebido en la Constitución y la leyes ordinarias aplicables.

XI. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

ARGUETA R., Alejandro, *El disfraz de la relación de trabajo en Guatemala*, Guatemala, UGT, 2009.

FERNÁNDEZ MOLINA, Luis, *Derecho laboral guatemalteco*, Guatemala, Inversiones Educativas/IUS-ediciones, 2011.

FRANCO LÓPEZ, Landelino, *El acto simulatorio y el fraude de ley*, Guatemala, Fénix, 2008.

LUTZESCO, Georges, *Teoría y práctica de las nulidades*, México, Porrúa, 1980.

RUZAFÁ, Beatriz, “Apostillas sobre la acción autónoma de revisión de la cosa juzgada írrita o fraudulenta”, en PEYRANO, Jorge (dir.), *La impugnación de la sentencia firme*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2009, t. I.

B. Normativas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Guatemala*.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 1441, *Código de Trabajo*.

_____, Decreto 2-89, *Ley del Organismo Judicial*.

El principio de primacía de la realidad en sentencias de amparo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala*

Mgtr. Set Geovani Salguero Salvador**

Sumario: I. Introducción. II. Los principios del derecho del trabajo. III. El principio de la primacía de la realidad. IV. La simulación para encubrir la relación laboral. V. Fallos de la Corte de Constitucionalidad en los que se ha aplicado el principio de primacía de la realidad. VI. Reflexiones finales (a manera de conclusión). VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de un mundo de constantes cambios, las normas jurídicas laborales han experimentado mutaciones relevantes, producto del influjo globalizador que propende a la flexibilización de las

* Artículo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: “Reflexiones para la transformación de la sociedad”.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Cursó el programa de pos título Derechos Humanos y Juicio Justo, impartido por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Especialista en Educación Ambiental por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional de La Plata. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Desde abril de 2005 a la fecha ha fungido en la Corte de Constitucionalidad como coordinador general de difusión constitucional y abogado asesor de magistratura; actualmente es secretario general adjunto. Docente en varias universidades del país. Autor de varias publicaciones jurídicas.

condiciones de prestación del trabajo. Pese a lo anterior, en algunos casos –como ocurre en Guatemala– la normativa laboral no ha sido objeto de variaciones significativas; ejemplo de ello es que el Código de Trabajo data de 1961 y ha sufrido pocos cambios desde entonces.

Las escasas modificaciones legales a las que se ha hecho referencia no han sido óbice para que, *de facto* y en procura de la flexibilización, se desarrollen prácticas que denotan la intención de evitar la aplicación del derecho del trabajo. Muestra de ello son las contrataciones no laborales –civiles o mercantiles– que encubren verdaderas relaciones de trabajo; así también, la celebración sucesiva de contratos laborales a plazo fijo renovados periódicamente, lo cual esconde la naturaleza permanente de las relaciones. Con ello se producen claras simulaciones.

Ante reclamos a derechos constitucionales generados por situaciones como las descritas en el párrafo que precede, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha hecho aplicación del principio laboral de primacía de la realidad, el cual hace prevalecer los hechos frente a la apariencia, lo acordado, lo documentado o las formas.

En el presente trabajo se hace análisis del contenido de ese principio laboral y se traen a cuenta ejemplos de resoluciones en las que se ha aplicado. Llama la atención que la gran mayoría de tales casos corresponden a reclamos en los que aparecen entidades y dependencias estatales como empleadores que han abusado de la práctica de simulaciones como las detalladas. Ello se estima reprochable ya que el Estado es el llamado a brindar la máxima protección de los derechos fundamentales y, de manera especial, los de carácter laboral.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

El abordaje del principio de primacía de la realidad y su aplicación en los fallos de la Corte de Constitucionalidad, en los que se ha brindado protección a trabajadores que habían sido objeto de contrataciones no ajustadas a los hechos, precisa conocer primeramente cómo se conceptualizan los principios del derecho del trabajo.

Julio Armando Grisolia aporta la siguiente definición: “*Los principios generales del derecho del trabajo son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman las bases sobre las cuales se sustenta todo el ordena-*

miento jurídico-laboral. Su finalidad es proteger la dignidad del trabajador y proyectar su eficacia, tanto al iniciarse el vínculo laboral, como durante su desarrollo y al momento de su extinción”.¹ Luego agrega una afirmación de gran utilidad para los fines del presente estudio, que tales principios “[s]irven también como una especie de filtro para la aplicación de normas ajenas al derecho del trabajo”.²

Grisolia también cita a Alonso García, quien define los principios del derecho del trabajo como “aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del derecho”.³

Para el profesor Américo Plá Rodríguez, estos principios deben concebirse como “[l]íneas directrices que informan algunas normas e inspiran directamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”.⁴

Grisolia expresa que los principios del derecho del trabajo más importantes son: el protectorio –este se manifiesta en tres reglas, a saber: *in dubio pro operario*, de aplicación de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa–, de irrenunciabilidad de derechos, de continuidad de la relación laboral, de buena fe, de no discriminación e igualdad de trato, de equidad, de justicia social, de gratuidad, de razonabilidad y de *primacía de la realidad*.⁵

Los principios del derecho del trabajo pueden ser establecidos expresamente en disposiciones de rango constitucional o legal; no obstante, su carácter inspirador del ordenamiento jurídico laboral de un Estado no depende de su regulación explícita. Pese a ello, es destacable que algunos textos constitucionales, como el de Colombia, consagran expresamente este tipo de principios; dentro de estos, el

1 Grisolia, Julio Armando, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 10ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 133.

2 *Idem*.

3 *Idem*.

4 Plá Rodríguez, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 9.

5 Grisolia, Julio Armando, *op. cit.*, nota 1, p. 138.

de “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”, regulado en el artículo 53.

III. EL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Una vez se ha logrado definir qué son los principios del derecho del trabajo, es pertinente focalizarse en el contenido del que ahora es objeto de estudio.

En líneas generales, Grisolia refiere que este principio otorga prioridad a los hechos, o sea, “a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido: el contrato de trabajo es un «contrato-realidad». Prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que efectivamente sucedió”.⁶ En ese mismo párrafo el citado autor atribuye el desarrollo conceptual inicial a la doctrina del jurista mexicano Mario de la Cueva.⁷

Para el tratadista peruano Miguel Ángel Silva Ormeño, este principio es de utilidad para determinar cuándo se está ante una relación laboral, teniendo en cuenta los elementos de esta, a saber: “la prestación personal, el pago de una remuneración y la subordinación”. En ese sentido, si esos elementos se presentan en una relación entre sujetos, aunque no emerja de un contrato de trabajo sino de otro tipo –civil, por ejemplo–, aquella será de tipo laboral.⁸ Luego, refiere: “para aplicar este principio no se tiene como base subjetividades, sino cuestiones objetivas, por ello una vez que los hechos son demostrados, estos no pueden ser neutralizados por documentos o formalidad alguna”.⁹

En su obra *El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública*, el colombiano Jaime Alejandro Díaz Vargas cita a Antonio Vásquez Vialard, quien coincide con los autores evocados en cuanto a que el multicitado principio hace

6 *Ibidem*, p. 173.

7 De igual manera, Jaime Alejandro Díaz Vargas refiere: “a los juristas y académicos como el uruguayo Américo Plá Rodríguez y el mejicano [sic] Mario de la Cueva, se les debe el desarrollo conceptual de este principio”. Ver: Díaz Vargas, Jaime Alejandro, *El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública*, Santa Marta, Universidad Sergio Arboleda, 2012, p. 32.

8 Silva Ormeño, Miguel Ángel, “El principio de primacía de la realidad”, *Revista Derecho y Cambio Social*, núm. 14, año 5, 2008, Perú, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm>.

9 *Idem*.

primar los hechos sobre lo documentado; de esa cuenta, el efecto jurídico propio de su aplicación es que *“las estipulaciones contractuales por escrito (que no son frecuentes en derecho del trabajo), no tienen más que un valor de presunción, que cae ante la prueba de los hechos. Se impone éstos [sic] sobre la denominación o calificación que las partes atribuyan a la relación contractual”*.¹⁰

Díaz Vargas también cita a Estela Milagros Ferreirós, quien indica que un *“convenio celebrado no es óbice para que el trabajador sostenga que la realidad de su prestación configura un trabajo subordinado, aun cuando se haya dicho que se trata de servicios libres y dependientes del Código Civil, debiendo imponerse la realidad, porque el Derecho del Trabajo no protege los acuerdos de voluntades celebrados como tales, sino la energía del trabajo del hombre”*.¹¹

Al interpretar el artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo en Argentina¹², Grisolia y Ahaud refieren que el principio de primacía de la realidad es consagrado en esa disposición legislativa y *“evita que el empleador utilice figuras no laborales para evitar la aplicación del derecho del trabajo [...] Se otorga así prioridad a los hechos, es decir a lo que efectivamente ocurrió en la realidad, por sobre las formas o apariencias que las partes pretendan darles o hayan convenido: el contrato de trabajo es un «contrato-realidad»”*.¹³

La síntesis de los conceptos vertidos por los juristas evocados permite inferir claramente que el sentido del principio laboral de primacía de la realidad es hacer prevalecer la verdad fáctica sobre la apariencia, la forma, lo acordado o lo documentado, cualquiera sea la denominación que se le haya dado, en tanto no se ajuste a los hechos. Esto tiene fundamento en la pretensión de dignificar a los trabajadores y en la comprensión de su situación desigual en relación con los empleadores.

10 Díaz Vargas, Jaime Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 39.

11 *Ídem*.

12 El artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone la nulidad como efecto de celebrar un contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude de la ley laboral, ya sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio. Al determinarse tal nulidad, regirá la ley referida.

13 Grisolia, Julio Armando y Ahaud, Ernesto Jorge, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, 4ª ed., Buenos Aires, Estudio, 2012, p. 48.

Jurisprudencialmente, el principio ha sido desarrollado en múltiples fallos emanados de los tribunales de la jurisdicción constitucional, como el de Guatemala –respecto de los cuales se hará referencia en el apartado V–, así como de otros Estados; a guisa de ejemplo se trae a cuenta la sentencia 1944-2002-AA/TC del Tribunal Constitucional de Perú, en que se indica:

Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo. En el caso autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye en los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos llegando incluso a través de la aplicación de dicho principio a determinar que un contrato es de naturaleza permanente y no eventual como se pretendía hacer prevalecer por el empleador (el resaltado no aparece en el texto original).¹⁴

El pasaje transcrito es un hito en esta temática dentro de la jurisprudencia constitucional peruana y es constantemente citado en fallos en los que se evoca la aplicación del principio.

En sentencias emitidas por la Corte Constitucional colombiana se ha definido el contenido del principio, prueba de ello es la sentencia C-665/98, que refiere:

Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio,

14 Tribunal Constitucional de Perú, expediente núm. 1944-2002-AA-TC, sentencia del 28 de enero del 2003, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html>.

*se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica.*¹⁵

A. El principio en el Código de Trabajo de Guatemala

De forma expresa, el principio de primacía de la realidad no se encuentra regulado en la Constitución guatemalteca; tampoco concurre esa explicitud en el Código de Trabajo; no obstante, en el cuarto considerando de este último se recogen las “*características lógicas del Derecho del Trabajo*”, dentro de las cuales en el inciso d) se establece que esa rama jurídica es:

[...] realista y objetiv[a]; lo primero, porque estudia al individuo en su realidad social y considera que para resolver un caso determinado a base de una bien entendida equidad, es indispensable enfocar ante todo la posición económica de las partes, y lo segundo, porque su tendencia es la de resolver los diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social y a base de hechos concretos y tangibles.

Puede notarse que la disposición contenida en el mencionado considerando establece, como directriz para resolver los conflictos laborales, tener en cuenta la realidad social, así como los hechos.

La posibilidad de resolver un asunto en atención a los postulados de un principio jurídico laboral tiene sustento en lo establecido en el artículo 15 del Código de Trabajo, que establece:

*Los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término, de acuerdo con los **principios del Derecho de Trabajo**; en segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso locales, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de Derecho Común (lo resaltado no aparece en el texto original).*

De esa cuenta, el precepto legal faculta la resolución con base en principios, aunque no los nomine expresamente.

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-665/98, 12 de noviembre de 1998, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm>.

IV. LA SIMULACIÓN PARA ENCUBRIR LA RELACIÓN LABORAL

Para analizar lo relativo a la simulación que encubre la relación laboral es pertinente traer a cuenta el escenario que ha provocado el uso de instrumentos de contratación de trabajadores mediante figuras impropias del derecho del trabajo. Al respecto, se evoca lo que refiere el colombiano Jaime Alejandro Díaz Vargas:

[...] desde la década de los noventa se experimenta una tendencia hacia la degeneración de las formas propias en las que se concreta la relación de trabajo, de hecho es cada vez más usual observar en la actualidad la utilización de otros modos de contratación de prestación de servicios personales que se encuentran al margen de la legislación laboral, produciendo de esta forma, un detrimento de los derechos y garantías laborales de quien se contrata bajo uno de estos modos, pero que en el fondo se busca para que preste un servicio o efectúe una labor personal, bajo continuada dependencia y subordinación. Estas formas de contratación no laborales e incluso las laborales sin vocación de permanencia en el tiempo, con las que se contrata servicios personales, vienen siendo utilizadas indebidamente y frecuentemente en los sectores públicos y privados. Cabe resaltar que en el ámbito de la contratación estatal, se acentúa con el trascorrir de la vida nacional, como secuela de los procesos de reestructuración de la parte orgánica y burocrática del Estado, que obedecen a las exigencias de los también llamados procesos de globalización y deslaborización.¹⁶

Según el Diccionario de la Real Academia Española, simular significa “[r]epresentar algo, fingiendo o imitando lo que no es”.¹⁷ En concordancia con la connotación general del verbo indicado, Julio Armando Grisolia refiere que:

[...] [L]a simulación tiene por finalidad ocultar una relación o un acto verdadero para producir una situación jurídica aparente, privando al trabajador de sus derechos y eludiendo el cumplimiento de las obligaciones laborales. La evasión pretendida puede ser total, por medio de la creación aparente de una figura contractual no laboral, o parcial, al aparentar una figura (renuncia) que encubre el acto real.¹⁸

16 Díaz Vargas, Jaime Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 11.

17 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, <http://lema.rae.es/drae/?val=simular>.

18 Grisolia, Julio Armando, *Guía de estudio: laboral. Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 10ª ed., Buenos Aires, Estudio, 2011, p. 73.

Con base en lo anterior, se determina que concurre la simulación que elude la contratación laboral cuando, con el fin de encubrir la relación de trabajo que efectivamente se da con los hechos, se acuerda o contrata, con el fin de aparentar, la prestación de otros servicios.

El tema de la simulación que se comenta tiene una dimensión que va más allá de lo local o regional, al punto que en la nonagésima quinta conferencia general de la Organización Internacional del Trabajo –OIT– se aprobó la recomendación 198 en la que se abordó lo relativo a las “*relaciones laborales encubiertas*” que se producen a nivel mundial, estableciéndose la necesidad de adoptar políticas gubernamentales tendentes a luchar contra esas relaciones:

*[...] en el contexto de, por ejemplo, otras 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 [...].*¹⁹

Con el fin de ejemplificar la simulación, se trae a cuenta el caso de los trabajadores que se han obligado a prestar servicios laborales por medio de un contrato de naturaleza civil –servicios profesionales, por ejemplo–, se está ante un caso claro de simulación. De esa cuenta, a los juzgadores corresponde determinar la verdadera esencia de los servicios prestados de conformidad con los elementos que caracterizan la relación laboral.

A. Elementos que permiten determinar que una relación es de naturaleza laboral

La determinación de la naturaleza de una relación depende de los elementos que la conforman; por ello conviene precisar los que componen la relación de trabajo.

El iuslaboralista mexicano Mario de la Cueva aporta la siguiente definición sobre relación de trabajo: “*es una situación jurídica objetiva*

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Recomendación 198, sobre la relación de trabajo*, 2006, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198.

que se crea entre un trabajador y un patrono por la prestación de un trabajo subordinado, cualquiera sea el acto o la causa que le dio origen”.²⁰ De los elementos de esa definición refiere la existencia de cuatro nociones o elementos que concurren en la relación laboral: “a) Dos personas, una de las cuales tiene el carácter de trabajador y la otra el de patrono, [...] b) Una prestación de trabajo, [...] c) La característica que acompaña a la prestación de trabajo, a la que la Ley ha dado el nombre de subordinación; y d) El salario[o] «retribución» que debe pagar el patrono al trabajador por su trabajo”.²¹

El Código de Trabajo de Guatemala, en su artículo 19, determina que la relación de trabajo “es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra”, ello en las condiciones relacionadas en el precepto que le precede –el 18–, el cual refiere que el contrato de trabajo es el vínculo por el que el trabajador se obliga a prestar servicios personales al empleador, bajo dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de este, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma. Con ello se advierte que la disposición normativa nacional es congruente con lo expuesto en el párrafo precedente, en cuanto a que para que exista relación laboral se precisa solamente de la prestación del servicio de forma personal; dos personas –empleador y trabajador– unidas por un vínculo de subordinación; y el pago del salario.

En la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo también se hace referencia a la necesidad de instaurar políticas nacionales que permitan determinar la existencia de la relación laboral. De la lectura del inciso II de ese estándar normativo internacional se infiere que los elementos antes listados forman parte de los parámetros más importantes para configurar tal relación.

La idea central de este apartado es precisar que cuando concurren los elementos de la relación laboral, independientemente de cómo sea denominada, esta debe ser protegida por el derecho del trabajo, pues su fin es tutelar la realidad viva, o lo que de la Cueva denomina: “el hecho real de la prestación de un trabajo personal subordinado”.²²

20 Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3ª Ed., México, Porrúa, 1975, t. I, p. 187.

21 *Idem*, p. 199.

22 *Ibidem*, p. 195.

B. Disposiciones normativas internas en las que se han escudado casos de simulación en Guatemala

Los casos de simulación contractual a que hace referencia Díaz Vargas –en el apartado 3–, al referirse a Colombia, no distan de las situaciones vivenciadas en Guatemala. De esa cuenta se asiste a un escenario en que es usual que se contrate a personas bajo la modalidad de prestación de servicios profesionales cuando algunas veces ni siquiera el servidor tiene calidad de profesional y trabaja en abierta dependencia o subordinación a un jefe, incluso marcando tarjetas de entrada y salida de un recinto de trabajo.

El contrato de servicios profesionales está regulado en el título XII del libro quinto del Código Civil. El primero de los artículos que conforman ese apartado –el 2027– dispone: *“Los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago”*. Es evidente que el precepto legal está dirigido a regular la libertad de contratación de profesionales en un ámbito que no es el laboral, por no implicar subordinación ni retribución por medio de salario –lo que establece el precepto es el pago de honorarios pactados por las partes; si no hubiere ese pacto se aplicaría el arancel respectivo–.

La contratación de profesionales o técnicos en el sector público se han sustentado en la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo artículo 44 posibilita reclutar recurso humano para la prestación de servicios de ese tipo mediante el régimen exento de licitación y cotización. El Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público en Guatemala, contenido en el Acuerdo Ministerial 215-2004 –del Ministerio de Finanzas Públicas– asigna el renglón 029 a las remuneraciones generadas mediante este tipo de contratación. Véase:

Otras remuneraciones de personal temporal. En este renglón se incluyen honorarios por servicios técnicos y profesionales prestados por personal sin relación de dependencia, asignados al servicio de una unidad ejecutora del Estado, y que podrán ser dotados de los enseres y/o equipos para la realización de sus actividades, en periodos que no excedan un ejercicio fiscal.

En la práctica se ha abusado de este renglón para encubrir verdaderas relaciones laborales.

En Guatemala también se ha experimentado una modalidad diferente de simulación que se produce cuando alguien queda sujeto a contratación laboral a término con renovación periódica; algunas veces ello ocurre para esquivar los trámites para que la terminación de la relación laboral se produzca en la forma prescrita en la ley. El Código de Trabajo habilita, en el artículo 25, literal b), el contrato individual de trabajo a plazo fijo “cuando se especifica fecha para su terminación o cuando se ha previsto el acaecimiento de algún hecho o circunstancias como la conclusión de una obra, que forzosamente ha de poner término a la relación de trabajo”; no obstante, el artículo 26 del mismo cuerpo legal dispone:

Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario. Deben tenerse siempre como contratos a plazo indefinido, aunque se hayan ajustado a plazo fijo o para obra determinada, los que se celebren en una empresa cuyas actividades sean de naturaleza permanente o continuada, si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen. En consecuencia, los contratos a plazo fijo y para obra determinada tienen carácter de excepción y sólo pueden celebrarse en los casos que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar.

En el sector público guatemalteco ha sido recurrente el uso de contrataciones a término encubriendo relaciones permanentes; por ello se ha hecho uso de un renglón presupuestario específico, el 022 –personal por contrato–, que faculta remunerar a los “trabajadores públicos, contratados para servicios, obras y construcciones de carácter temporal, en los cuales en ningún caso los contratos sobrepasarán el período que dura el servicio, proyecto u obra; y, cuando estos abarquen más de un ejercicio fiscal, los contratos deberán renovarse para el nuevo ejercicio”. Sin ánimo anecdótico se trae a cuenta que, en el pasado, el autor de este trabajo fue objeto de este tipo de contrato durante casi seis años.

V. FALLOS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS QUE SE HA APLICADO EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

El sistema de búsqueda de sentencias del portal de Internet de la Corte de Constitucionalidad²³ da cuenta que, al veintitrés de septiembre de dos mil trece, se habían emitido ciento setenta y una

23 <http://www.cc.gob.gt/sjc/>.

sentencias en las que *se hace mención* del principio de primacía de la realidad.

De ese número destaca que veintinueve fueron fallos dictados en expedientes de apelaciones de sentencias en amparo iniciados en 2012; en estos *se hizo aplicación* –no solo mención– del principio de primacía y se advirtió alguna forma de simulación contractual. Lo relevante de esa cifra es que veintiocho de ellos (96.55%) corresponden a casos relacionados con contrataciones simuladas por parte de entidades o dependencias estatales, resultando reprochable que sea dentro del seno de los órganos de gobiernos donde más se generen estas situaciones vulneradoras de los derechos laborales.

Las resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad en las que se ha hecho acopio del principio llevan la misma línea en cuanto a considerar que lo determinante es desentrañar la naturaleza de la relación y la concurrencia de elementos propios del derecho del trabajo. Ejemplo de ello es la sentencia de 26/05/2009 (Exp. 885-2009), en que se consideró:

[...] en el derecho guatemalteco se encuentra el de realidad o primacía de la realidad como se conoce en otros países, el cual se encuentra reconocido en el inciso d), cuarto considerando, del Código de Trabajo. Este principio otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido. El contrato de trabajo es un “contrato realidad”, que prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que efectivamente sucede o sucedió. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, que le da especial relevancia a lo pactado por las partes (a quienes entiende libres para disponer de sus derechos), en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos [...] (lo resaltado no aparece en el texto original).

Por su contenido, se advierte de gran utilidad evocar lo considerado en la sentencia de 14/05/2013 (Exp. 4410-2013), en que se emitió pronunciamiento en el siguiente sentido:

[...] la Sala cuestionada, al proferir la resolución que por esta vía se enjuicia, consideró que si bien las partes suscribieron un contrato administrativo para la prestación de servicios técnicos, el hecho de que este se haya prorrogado en forma consecutiva y lo concerniente a que las actividades desarrolladas por la

*autoridad nominadora son continuas o permanentes, por tratarse de una entidad administrativa del Estado, constituyen aspectos que permiten establecer que en el caso concreto existió una relación laboral por tiempo indefinido o indeterminado. Dentro de ese contexto, la Sala mencionada hizo acopio de la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad relativa a que para determinar la naturaleza y existencia del vínculo laboral, **más que a los aspectos formales, habrá que atenerse a la verdadera situación creada por los hechos, en tanto la apariencia legal no prevalece sobre la realidad; y que también señala que existe simulación de la relación laboral, cuando se pretende eludir la verdadera naturaleza de ésta bajo el ropaje de figuras extra-laborales (locación de servicios, prestación de servicios técnicos o prestación de servicios profesionales), todo ello en detrimento de los derechos del trabajador, a quien se le niegan los beneficios que la legislación laboral establece a su favor. Aunado a ello, la Sala impugnada estimó que el demandante fue despedido sin causa justificada y, como consecuencia, condenó al Estado de Guatemala al pago de indemnización, prestaciones laborales irrenunciables, daños y perjuicios. Esta Corte respalda lo resuelto por la Sala reclamada, porque expuso de manera clara y precisa los motivos que le condujeron a dilucidar por qué en el caso concreto se configuró una relación laboral por tiempo indefinido”** (lo resaltado no aparece en el texto original).*

El caso examinado en la sentencia anterior corresponde al de un servidor público contratado anualmente por medio de la modalidad de servicios técnicos, a pesar de la concurrencia de los elementos que caracterizan la relación laboral por tiempo indefinido, como quedó apuntado en líneas atrás; esa es una situación bastante recurrente en la administración pública. Del fragmento transcrito destaca lo resaltado en negrilla donde se dejaron establecidos algunos casos con los que puede configurarse la simulación para encubrir una relación laboral.

Además se evoca parte de lo considerado en la sentencia de 14/06/2013 (Exp. 110-2013):

[...] se ha considerado que la presunción contenida en el artículo 19 del Código de Trabajo opera incluso cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al vínculo jurídico, y se refuerza esta idea con lo normado en los artículos 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 12 del Código de Trabajo que declaran nulas ipso jure a todas las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a los trabajadores, que fueran expresadas en un contrato colectivo o individual de trabajo, en un convenio o en otro documento. [...] con fundamento en el principio de primacía de la realidad, determinó

que en el presente caso existió una relación de carácter laboral por tiempo indefinido entre las partes, sin importar la denominación de los contratos que suscribieron, basándose para el efecto en el hecho de haber constatado que se dieron elementos esenciales de un contrato de trabajo como quedó establecido, tales como, la dependencia continuada y la dirección inmediata del patrono, así como la continuidad en la relación laboral [...] En el último fallo relacionado se aborda lo relativo a la presunción contenida en el artículo 19 del Código de Trabajo, en cuanto a que, para estimar existente un contrato de trabajo, basta con que se inicie la relación laboral, así también se refiere a los elementos de esta última.

VI. REFLEXIONES FINALES (A MANERA DE CONCLUSIÓN)

Del contenido de los apartados anteriores resultan las siguientes reflexiones:

1. La esencia del principio de primacía de la realidad es proteger el trabajo efectivamente realizado y no los acuerdos de voluntades celebrados entre las partes, los cuales pueden encubrir una verdadera relación laboral. De llegar a determinarse la concurrencia de una simulación que encubra un vínculo de trabajo, la aplicación del derecho del trabajo deviene imperativa.
2. La resolución de casos conforme al principio de la primacía de la realidad pretende hacer prevalecer la verdad fáctica sobre la apariencia, lo acordado, lo documentado o las formas.
3. La simulación contractual que se produce para encubrir relaciones laborales se ha tornado en práctica común no solo en Guatemala, sino en distintos Estados, al punto que en el seno de la Organización Internacional del Trabajo fue emitida la Recomendación 198 que exhorta establecer directrices generales para determinar lo que es una relación laboral y evitar las relaciones laborales encubiertas.
4. En Guatemala, la simulación que encubre relaciones laborales es una práctica que ha tenido presencia marcada en el sector público; ello a pesar de que muchas empresas hacen uso de esta, en aras de lograr la flexibilización que no han logrado normativamente.

5. La alta cifra de sentencias de la Corte de Constitucionalidad en que se ha aplicado el principio de primacía de la realidad, a fin de dejar al descubierto la verdadera naturaleza de una relación laboral encubierta, es expresión de cómo se han cerrado los caminos de los que han apostado por la simulación en detrimento de los derechos laborales.
6. El Código de Trabajo y demás normativa laboral guatemalteca no ha experimentado mutaciones sustanciales a fin de concretar la flexibilización deslaboralizadora anhelada por gran parte del sector empresarial; no obstante, en la realidad sí se suelen producir prácticas que se escudan en normativa diferente a la laboral, produciéndose de hecho la citada flexibilización. El reto es evitar tales prácticas e interpretaciones antojadizas, no solo por la vía jurisprudencial, sino legal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

A. Textos

CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 3ª Ed., México, Porrúa, 1975, t. I.

DÍAZ VARGAS, Jaime Alejandro, *El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública*, Santa Marta, Universidad Sergio Arboleda, 2012.

GRISOLIA, Julio Armando, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 10ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.

_____, *Guía de estudio: laboral. Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 10ª ed., Buenos Aires, Estudio, 2011.

_____, y Ahaud, Ernesto Jorge, *Ley de contrato de trabajo comentada*, 4ª ed., Buenos Aires, Estudio, 2012.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978.

SILVA ORMEÑO, Miguel Ángel, "El principio de primacía de la realidad", *Revista Derecho y Cambio Social*, núm. 14, año 5, 2008, Perú, <http://>

www.derechocambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm.

B. Páginas electrónicas consultadas

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencia C-665/98, 12 de noviembre de 1998, *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-665-98.htm.*

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *http://www.cc.gob.gt/sjc/.*

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Recomendación 198, sobre la relación de trabajo, 2006, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198.*

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Diccionario de la lengua española”, *http://lema.rae.es/drae/?val=simular.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, expediente núm. 1944-2002-AA-TC, sentencia del 28 de enero de 2003, *http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.html.*

Outsourcing en Guatemala*

Mgtr. María Andrea Batres León**

Sumario: I. Antecedentes conceptuales: ¿Qué significa *outsourcing*, externalización, transferencia de empleados y subcontratación? II. El derecho del trabajo tradicional o clásico frente a las nuevas tendencias de la globalización. III. Hacia dónde va el derecho del trabajo. IV. Justificación “legal y comercial” de las nuevas tendencias económicas y jurídicas a favor de la tercerización. V. La Recomendación 198 de la OIT, sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores. VI. Situación del *outsourcing* en Guatemala. VII. Código de Trabajo de Guatemala. VIII. Criterios de la Corte de Constitucionalidad. IX. Indicios específicos de la existencia de una relación de trabajo, según la OIT. X. Conclusiones. XI. Referencias.

* Ensayo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: “Reflexiones para la transformación de la sociedad”.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. *Magister Artium* por la Universidad Francisco Marroquín. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Actualmente se desempeña como abogada y notaria socia en la firma Batres & Batres, en las áreas de notariado, litigio y administración; además, es docente de dedicación completa en la Universidad Rafael Landívar, impartiendo cursos del área de Derecho Privado (mercantil, civil y notariado). Miembro de terna examinadora de evaluaciones comprensivas en la Universidad Rafael Landívar. Asesora de tesis en las Universidades Rafael Landívar y de San Carlos de Guatemala y conferencista y participante activo en el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

I. ANTECEDENTES CONCEPTUALES: ¿QUÉ SIGNIFICA *OUTSOURCING*, EXTERNALIZACIÓN, TRANSFERENCIA DE EMPLEADOS Y SUBCONTRATACIÓN?

A. *Outsourcing* y externalización como sinónimos

El sistema económico mundial de la globalización ha creado figuras jurídicas que acoplan terminología que pertenece al campo de la administración y la mercadotecnia, por lo que desde ese punto de vista, *externalizar* es un proceso de negocio de una compañía, con la finalidad de obtener una maximización en costos laborales e infraestructura, para lograr una mayor competitividad y productividad. Es un acuerdo “comercial” por el que una empresa subcontrata o adquiere en el mercado parte de sus actividades, por lo que la externalización es una opción estratégica para mejorar la competitividad de la organización.

Según la doctrina en materia de administración de empresas, la externalización podría reforzar el impacto de la flexibilidad interna en el trabajo sobre los resultados de la empresa.

Desde el punto de vista legal y jurídico, existen palabras clave que definen al *outsourcing* y la externalización (conceptos sinónimos con un antecedente eminentemente anglosajón), las cuales analizaremos: *a)* externalización, *b)* flexibilidad, *c)* estrategia de la empresa y *d)* teorías económicas y organizativas.

B. ¿Transferencia de empleados en los contratos de *outsourcing* como parte del éxito empresarial?

Para los empresarios, una de las ventajas que aporta el *outsourcing* es la posibilidad de que las empresas alcancen mayor eficiencia operacional, pudiendo focalizarse más en las actividades que son vitales para sus negocios, por lo que una forma de hacerlo es a través de la “transferencia de empleados” a un proveedor, pudiendo realizarla de forma total o parcial. En este punto, cuestionamos si dichas transferencias se realizan bajo figuras jurídicas de “sustituciones patronales”, donde se respetan los derechos adquiridos por los trabajadores, o se realizan transferencias periódicas que restringen estos derechos.

C. Subcontratación desde el ámbito del derecho del trabajo

Gil Domingo establece que la “Subcontratación en el derecho de trabajo libera de responsabilidad, en principio al empleador usuario de mano de obra, haciendo descansar la misma sobre la persona del subcontratista, en el caso de la relación de trabajo triangular”.¹

La doctrina laboral manifestada por el autor Enrique de la Garza Toledo indica:

[...] la subcontratación es una forma de cómo la empresa de manera indirecta logra flexibilidad del trabajo sin entrar en conflictos graves con su propio contrato colectivo o su sindicato pasando la responsabilidad a otra empresa que puede ser filial de la misma o una empresa diferente que es contratada para proporcionar ciertos servicios productivos u otro tipo de servicios.²

Por lo que además de acoplarnos a sistemas económicos mundiales y a sistemas legales anglosajones, nos enfrentamos a la reutilización de figuras jurídicas existentes en nuestra propia legislación, pero con la finalidad de:

- a) Lograr una liberación de responsabilidades patronales.
- b) Desligar a las grandes corporaciones del pago de pasivos laborales, lo cual impacta directamente en su valuación como empresa.
- c) Reducir –supuestamente– los riesgos para la empresa de las relaciones laborales.
- d) Descentralizar a los trabajadores.
- e) Transferir a los empleados a distintas empresas, para evitar el libre derecho de asociación y sindicalización, utilizando el principio “divide y vencerás”. En algunas ocasiones los empleados son transferidos de empresa varias veces en un mismo año.

1 Gil, Domingo, *Subcontratación en el derecho del trabajo. El derecho del trabajo ante el nuevo milenio*, México, Porrúa, 2000, p. 223.

2 Garza Toledo, Enrique de la, “Antiguas y nuevas formas de subcontratación” en Varios autores, *Memorias del seminario: Relaciones triangulares de trabajo (Subcontratación y/o tercerización) ¿Fin de la estabilidad laboral?*, México, Fundación Friedrich Ebert, Representación México, 2005, p. 30.

- f) Flexibilización laboral.
- g) Eludir obligaciones patronales en materia de seguridad social, higiene y seguridad en el trabajo.
- h) Reducción de las garantías y derechos de los trabajadores, pues en muchos casos desconocen quién es su patrono.
- i) Mercantilizar las relaciones patrono-trabajadores y/o las relaciones laborales, convirtiéndolas en relaciones eminentemente comerciales al amparo de otras normas, distintas al derecho laboral.

II. EL DERECHO DEL TRABAJO TRADICIONAL O CLÁSICO FRENTE A LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA GLOBALIZACIÓN

¿Dónde quedaron los principios fundamentales y constitucionales que inspiraron el derecho del trabajo, aquellos principios ideológicos que buscaban compensar esa desigualdad económica existente entre patronos y trabajadores, otorgándoles a estos últimos una protección jurídica preferente?

En la disciplina jurídica de la legislación laboral guatemalteca, es indispensable el conocimiento y comprensión de los principios que informan al derecho del trabajo, es decir, todos deben tener claro cuáles son las características y la naturaleza propia de cada principio, muy similares entre sí, enfocados en la *protección y defensa de los trabajadores*.³ Doctrinariamente y en toda legislación guatemalteca estos principios son: *a)* tutelaridad de las leyes de trabajo, *b)* regulación constitucional del derecho al trabajo, *c)* derecho de huelga y *d)* seguridad social.

El artículo 2 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador, establece que en los países americanos deben considerarse como básicos en el derecho social los siguientes principios:

- a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como *artículo de comercio*;

3 Franco López, César Landelino, *Derecho sustantivo individual del trabajo*, Guatemala, Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010, p. 47.

- b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad;
- c) Tanto el trabajador intelectual como el técnico y el manual deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación;
- d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador;
- e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.

Sin embargo, la influencia de las economías mundiales, el establecimiento de sistemas financieros homogeneizados y el nuevo ámbito de las relaciones económicas –donde se busca la eficiencia y eficacia en las empresas– ha supuesto un cambio trascendental en la organización del trabajo y en las relaciones patrono-trabajador.

El economista Johan Norberg, un profesor eminentemente neoliberal, en su libro *In Defense of Global Capitalism*,⁴ establece que “la globalización es el proceso a través del cual las personas, la información, el comercio y la economía de mercado traspasan las fronteras nacionales, y que esa internacionalización nos desliga a los seres humanos de los vínculos con las fronteras y nacionalidades; pues son acciones que realizamos diariamente”.

Ahora bien, debatiendo la tesis del profesor Norberg, se puede afirmar que sus conceptos son más bien filosóficos e ilusos; no reflejan una realidad concreta, pues en ninguna economía actual se puede decir que la globalización ha tenido esos efectos de internacionalización, como lo pretenden hacer ver. Es más, ¿qué significa la internacionalización para una economía? Significa tener inversiones en otros países, comercializar productos entre países, o más bien, tener injerencia política en las decisiones de los Estados soberanos y en su legislación, a tal punto de pretender restringir derechos constitu-

4 Norberg, Johan, *In Defense of Global Capitalism*, Washington, D.C., Cato Institute, 2003.

cionales como el derecho al trabajo, así como restringir los derechos humanos, al existir un derecho humano laboral.

III. HACIA DÓNDE VA EL DERECHO DEL TRABAJO

Estamos enfrentando una evolución del derecho al trabajo a partir de la implementación de un nuevo modelo económico mundial.

La globalización se ha traducido, en primer lugar, en la despotización de los procesos regulatorios de las relaciones de trabajo, que se escapan el campo de actuación estatal y de la regulación que ésta realiza, y evita asimismo la emanación de normas procedentes de la autonomía colectiva. Hay una relación profundamente asimétrica entre la economía y la política, como lugares de protección de reglas.⁵

Con ello podemos determinar que el derecho del trabajo nacional e internacional ha creado nuevas figuras “supranacionales” como respuesta inmediata a la mundialización económica, y los derechos humanos laborales han adoptado nuevos escenarios que forman parte de una mundialización en los siguientes aspectos: *a)* el empleo ante la globalización, *b)* el sindicalismo ante la globalización y *c)* los instrumentos normativos internacionales.⁶ Es decir, los principios ideológicos que inspiraron al derecho del trabajo se ven contrapuestos a sistemas económicos, políticos y legales que operan al margen de la soberanía de las naciones y las obligan a adoptar figuras jurídicas fuera del ámbito laboral, hasta hace unos años desconocidas.

Para el profesor Octavio Fabián Lóyzaga de la Cueva, de la Universidad Autónoma Metropolitana, “*la flexibilización de los derechos laborales se ve reflejada en la estabilidad en el trabajo, puesto, salario, jornada, hasta llegar a la subcontratación de mano de obra u outsourcing. Todo dentro del nuevo esquema laboral que busca obtener una mano de obra barata, disciplinada y con derechos laborales fuertemente disminuidos*”.⁷

5 Baylos, Antonio, *Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto*, España, Servi Publ, UCM, 1999, cuadernos de relaciones laborales, núm. 15, p. 23.

6 Salazar Urrutia, María Isabel, “Globalización y derechos laborales”, en Canessa Montejo, Miguel F. (director), *Manual de derecho del trabajo*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2011, t. II, lección VIII, p. 153.

7 Lóyzaga de la Cueva, Octavio Fabián, “De los inicios de la flexibilización de los derechos laborales, al *outsourcing*”, *Alegatos*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana, núm. 77, México, marzo de 2011, p. 227.

Otros resultados son la pérdida del poder adquisitivo del salario y la flexibilización de los derechos laborales establecidos en las leyes y en convenios colectivos.

La globalización económica genera desafíos significativos para los derechos humanos laborales, y en el ámbito social debe analizarse con mayor detenimiento la relación entre el proceso de internacionalización de la economía y la normativa laboral de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que como veremos más adelante, plantea la necesidad de abordar la relación entre las normas internacionales de trabajo, la mundialización, el progreso y lograr que se garantice el cumplimiento de las normas internacionales. Es evidente que el derecho del trabajo se ve directamente afectado y reducido en su campo de acción.

IV. JUSTIFICACIÓN “LEGAL Y COMERCIAL” DE LAS NUEVAS TENDENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS A FAVOR DE LA TERCERIZACIÓN

Al ser la tercerización un proceso de delegar a un “socio externo” la gestión de determinados procesos de la empresa para que el “proveedor”, como experto en distintas áreas, ofrezca una mejor calidad de servicio y una reducción de costes, surgen muchas justificaciones al amparo de la legislación vigente:

- a) Atracción de capitales e inversión extranjera, ofreciendo fuerza laboral abundante, disciplinada y de bajo costo, además de derechos laborales restringidos.
- b) Necesidad de encajar con las políticas financieras, como la cotización en bolsa.
- c) Medir la rentabilidad de una compañía por su fuerza laboral productiva mínima (es decir, medir el valor de la compañía por trabajador).
- d) Reducción de costos.
- e) Más competitividad.
- f) Desarticular la rigidez formal del derecho laboral para liberar el mercado.
- g) Posibilidad de que personas altamente capacitadas puedan optar a oportunidades laborales en otros países.

Al leer el resumen anterior, es evidente que los principios inspiradores del derecho del trabajo han quedado fuera y no son tomados en cuenta bajo ninguna perspectiva.

V. LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT, SOBRE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y SU IMPORTANCIA PARA LOS TRABAJADORES

La Recomendación 198 reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas.

- a) Primer punto: la protección al trabajador en su posición desigual.
- b) Segundo punto: la indeterminación de la existencia de una relación de trabajo o las dificultades para determinarla, suponen una clara desprotección por inaplicación de la legislación laboral protectora.
- c) Tercer punto: se identifican algunas de las causas de tal desprotección, como el encubrimiento de la relación de trabajo, el recurso a acuerdos contractuales que intentan atribuir otra naturaleza a la relación laboral y las eventuales insuficiencias legislativas.
- d) OIT. Trabajo decente, un trabajo productivo para hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana. El concepto de trabajo decente lleva implícitos cuatro objetivos estratégicos: los derechos en el trabajo, las oportunidades de empleo, la protección social y el diálogo social. Cada uno de estos objetivos desarrolla una función para la consecución de fines más amplios, como la inclusión social, la erradicación de la pobreza, el fortalecimiento de la democracia, el desarrollo integral y la realización personal.
- e) Determinación de la existencia de una relación de trabajo.
- f) Primacía de la realidad.
- g) Eficacia, proceso y eliminación de incentivos a las relaciones de trabajos encubiertas.

VI. SITUACIÓN DEL *OUTSOURCING* EN GUATEMALA

- a) Creación de sociedades mercantiles “paralelas”, algunas con los mismos accionistas o socios, que contratan al personal para evitar el desarrollo de derechos colectivos. Surge una serie de sociedades (muchas veces del papel, es decir, sin un patrimonio que pueda soportar las cargas laborales) que conforman el esquema empresarial del *outsourcing*.
- b) División de los trabajadores en distintas sociedades mercantiles (algunas, propiedad de los mismos accionistas), para *evitar* que los nuevos empleados se beneficien con derechos adquiridos, ventajas económicas, y/o para evitar que formen parte de sindicatos ya existentes en las empresas.
- c) En Guatemala existen aproximadamente mil compañías que se dedican a la prestación de servicios relacionados con recursos humanos. Adicionalmente, existen trescientas compañías dedicadas única y exclusivamente al *outsourcing* o a la tercerización de todo tipo, sin contar las compañías de otra naturaleza (muchas proveedoras de equipos, maquinaria y/o vehículos), que conjuntamente con la venta de mercaderías y/o provisión de distintos servicios, entregan personal en calidad de *outsourcing*, personal que es transferido, trasladado o removido a distintas empresas, muchas veces en un mismo año.
- d) Situación de mujeres embarazadas, que no pueden exigir derechos, pues solo trabajan temporalmente en las distintas empresas donde son asignadas periódicamente, por lo que no existe posibilidad de reclamar sus derechos constitucionales.
- e) Situación deplorable de personas suspendidas por la seguridad social, es decir, si el trabajador tiene una incapacidad para trabajar, no encuentra una protección jurídica, pues no existe un patrono que se haga cargo.
- f) Falta de pertenencia a la empresa.
- g) Estrés por la inseguridad laboral.
- h) Rotación mensual, semestral o periódica de trabajadores.

- i) Competencia desleal entre empresas de *outsourcing*, que para reducir costos y poder competir en el mercado, reducen al mínimo las obligaciones patronales, incluso por debajo del salario mínimo.
- j) Simulación laboral, al darse el encubrimiento de relaciones eminentemente patrono-trabajador, con la celebración de contratos civiles, como “prestación de servicios”, “contrato de obra”, “alquiler de maquinaria con operario”; y/o contratos mercantiles, como “comisión mercantil” y “factoraje”, los cuales desnaturalizan totalmente la verdadera relación laboral existente entre ambos.
- k) Contrataciones realizadas en fraude de ley.
- l) Problemas de logística y administración de personal, pues muchas veces en un mismo salón conviven trabajadores que pertenecen a “distintas empresas”, por lo que en ocasiones se les da un trato discriminatorio por pertenecer a una u otra empresa de *outsourcing*.
- m) Ampliación cada vez más de los conceptos de tercerización o subcontratación, pues surgen nuevas figuras como:
 - *Offshoring*. Externalizar solo la mano de obra para realizar la producción o el servicio, normalmente en otro país con menor costo de mano de obra.
 - *Administración de nóminas*. Simulación de una relación laboral, pues una empresa se dedica única y exclusivamente a ser la administradora de varias nóminas de distintas empresas (varios clientes) y comparecer como patrona ante la Seguridad Social, Inspección General de Trabajo y ante todas las entidades públicas o privadas; en la mayoría de los casos, ni siquiera conoce a los trabajadores que forman parte de su nómina, pues se limita a realizar una labor meramente administrativa de manejo de documentos.
 - *Manejo de maquinaria especial*, que se entrega con trabajadores (u operarios temporales) que son cambiados conjuntamente con la maquinaria o con la actualización de equipos.

- *Freelancers*, término anglosajón que atiende a personas a quienes solo se les asignan tareas específicas, sin el pago de ninguna prestación, siendo esta una desfiguración del trabajo a destajo, contemplado por el Código de Trabajo de Guatemala.

VII. CÓDIGO DE TRABAJO DE GUATEMALA

Las actividades de las empresas de *outsourcing* encuentran su regulación en un único artículo del Código de Trabajo de Guatemala, el cual establece lo siguiente:

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

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

En dicho artículo vemos que existe *solidaridad* hacia el cumplimiento de todas las obligaciones patronales y derechos adquiridos por los trabajadores (prestaciones, seguridad social, derecho de asociación en sindicatos, etc.). Sin embargo, las empresas se acoplan al segundo párrafo del mismo artículo, para *evadir* toda responsabilidad, argumentando que ellos no son “intermediarios”, sino “patronos” y por ende fijan las condiciones laborales que ellos desean y en cualquier momento pueden trasladar a los trabajadores a otras empresas y a distintas planillas, para continuar reduciendo los derechos de los trabajadores.

VIII. CRITERIOS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

Como lo cita el autor Honnell Osberto Izaguirre Navarro en el *Compendio de derecho del trabajo de Guatemala*, al realizar un análisis del criterio emitido por la Corte de Constitucionalidad en diversos expedientes, se puede establecer que el contrato de trabajo es un *contrato realidad*, fundado en hechos objetivos apreciables, y que en caso de discordancia entre los hechos y lo documentado (de buena o

mala fe por las partes), debe darse preferencia a los hechos que fijan la base fáctica para la aplicación del derecho.

El contrato de trabajo, por su naturaleza de *contrato realidad*, prescinde de las formas para hacer prevalecer lo que efectivamente sucede o sucedió. Por lo tanto, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, que le da especial relevancia a lo pactado por las partes (a quienes entiende libres para disponer sus derechos), en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscritos por las partes o acuerdos celebrados entre ellas (lo que se pactó o documentó), se debe dar preferencia a los hechos.⁸

IX. INDICIOS ESPECÍFICOS DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO, SEGÚN LA OIT

La OIT ha dictado los principios específicos que aseguran la existencia de una relación de trabajo, aunque se hayan utilizado otras figuras jurídicas.

- a) Posibilidad de existencia de instrucciones y control (aquí sí, subordinación jurídica);
- b) Integración del trabajador en la organización de la empresa;
- c) Realización del trabajo en beneficio ajeno;
- d) Ejecución personal del trabajo;
- e) Realización de la labor en un horario determinado;
- f) Realización del trabajo en lugar indicado o aceptado por quien lo solicita;
- g) Cierta duración o continuidad de la labor;
- h) Disponibilidad del trabajador (“estar a la orden”);
- i) Suministro de herramientas, maquinaria o materiales por quien recibe el trabajo;
- j) Periodicidad de la remuneración;

8 Izaguirre Navarro, Honnell Osberto, *Compendio de derecho del trabajo de Guatemala*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR, 2012, p. 18.

- k) Carácter de esa remuneración de única o principal fuente de ingresos (dependencia económica);
- l) Realización de pagos en especie, tales como alimentación, vivienda, transporte u otros;
- m) Reconocimiento de derechos típicamente laborales, como el descanso semanal o las vacaciones anuales;
- n) Pago, por parte de quien recibe el trabajo, de los viajes necesarios para ejecutar la labor;
- o) Inexistencia de riesgos financieros para el trabajador (ajenidad).

Como se ve, se trata de un elenco de indicios que compendia acumulativamente las diversas propuestas que la doctrina y la jurisprudencia han postulado para determinar la presencia de una relación de trabajo y, por tanto, de un trabajador sujeto de la protección del derecho laboral. La enumeración no es taxativa y no requiere la presencia de todos ellos, alcanzando con la concurrencia de “uno o varios”.

Con estas recomendaciones, podemos afirmar que *sí* existe una relación laboral entre el trabajador y su patrono directo, y la empresa de *outsourcing* solo es un tercero que pretende asumir una parte de la responsabilidad.

X. CONCLUSIONES

1. En Guatemala existe un auge de la contratación de servicios tercerizados, realizando contrataciones de tipo mercantil, y en el ámbito de este derecho se discuten los asuntos y conflictos relacionados con recursos (humanos).
2. Efectivamente existe una simulación laboral, pues es evidente la relación laboral entre el trabajador y la empresa donde “ejecuta sus servicios”.
3. Es necesario que en Guatemala exista una legislación específica sobre los servicios tercerizados, pues actualmente las empresas se escudan al amparo del artículo 5 del Código de Trabajo.
4. Existe una clara vulneración de los derechos de los trabajadores al restringirse derechos adquiridos en compañías, cuando dividen y descentralizan las contrataciones en distintas de ellas.

5. Algunas de las empresas de *outsourcing* ni siquiera cumplen con las prestaciones laborales y contratan al personal bajo una figura de “servicios personales” o “servicios técnicos”.
6. Se ha desvirtuado la relación patrono-trabajador, pues el trabajador muchas veces desconoce para quién trabaja.
7. El *outsourcing* puede conducir a la discriminación en el trabajo, pues en una misma oficina conviven trabajadores de distintas empresas (pertenecen a una misma empresa, pero todos con distintos patronos), y cada uno es tratado según lo que indique el patrono que lo contrata.
8. Cada día es más evidente la reducción de los derechos de los trabajadores, principalmente de los más desprotegidos, como son mujeres y menores de edad.
9. La globalización ha impactado directamente en el derecho del trabajo, permitiendo que se cometan injusticias al amparo de las leyes nacionales e internacionales.
10. Los trabajadores, por su propia naturaleza, no acuden a los tribunales a reclamar sus derechos.

XI. REFERENCIAS

- BAYLOS, Antonio, *Globalización y derecho del trabajo: realidad y proyecto*, España, Servi Publ, UCM, 1999, cuadernos de relaciones laborales, núm. 15.
- FRANCO LÓPEZ, César Landelino, *Derecho sustantivo individual del trabajo*, Guatemala, Editorial Estudiantil Fénix, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.
- GARZA TOLEDO, Enrique de la, “Antiguas y nuevas formas de subcontratación” en Varios autores, *Memorias del seminario: Relaciones triangulares de trabajo (Subcontratación y/o tercerización) ¿Fin de la estabilidad laboral?*, México, Fundación Friedrich Ebert, Representación México, 2005.
- GIL, Domingo, *Subcontratación en el derecho del trabajo. El derecho del trabajo ante el nuevo milenio*, México, Porrúa, 2000.

IZAGUIRRE NAVARRO, Honnell Osberto, *Compendio de derecho del trabajo de Guatemala*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, Programa de USAID para el Fortalecimiento de la Justicia Laboral para CAFTA-DR, 2012.

LÓYZAGA DE LA CUEVA, Octavio Fabián, “De los inicios de la flexibilización de los derechos laborales, al *outsourcing*”, *Alegatos*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana, núm. 77, México, marzo de 2011.

NORBERG, Johan, *In Defense of Global Capitalism*, Washington, D.C., Cato Institute, 2003.

SALAZAR URRUTIA, María Isabel, “Globalización y derechos laborales”, en Canessa Montejo, Miguel F. (director), *Manual de derecho del trabajo*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar, 2011, t. II, lección VIII.

El trabajo decente y los ODM*

Mgtr. Enrique Fernando Sánchez Usera**

Sumario: I. Los objetivos de desarrollo del milenio y el trabajo decente. II. Concepto de trabajo decente. III. Indicadores de trabajo decente. IV. Guatemala ante el trabajo decente. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO Y EL TRABAJO DECENTE

En septiembre del 2000, en la Cumbre del Milenio de las Naciones Unidas, los líderes del mundo convinieron en establecer objetivos y metas mensurables, con plazos definidos para combatir la pobreza, el hambre, las enfermedades, el analfabetismo, la degradación del ambiente y la discriminación contra la mujer. Estos objetivos y metas

* Artículo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: "Reflexiones para la transformación de la sociedad".

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Magíster en Derecho Económico Mercantil por la Universidad Rafael Landívar. Licenciado en Derecho por la Universidad de Deusto. Actualmente es director del Área de Investigación y Ejes Transversales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Catedrático en las universidades: Rafael Landívar (Guatemala), del Istmo (Guatemala) y McGeorge School of Law de la Pacific University (Sacramento, California) en su programa de verano en Antigua Guatemala. Abogado del Tribunal Eclesiástico de Guatemala. Autor de las obras *Manual de derecho de la competencia* y *Monografía de derecho ambiental, tomo I*, publicadas por la Universidad Rafael Landívar.

que constituyen la esencia del programa mundial, se denominaron *Objetivos de desarrollo del milenio* –ODM–.¹

Por lo que, a los objetivos del presente trabajo interesa que en el objetivo primero, referido a la erradicación de la pobreza extrema y el hambre,² contiene la Meta 1-B: Lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, incluidos las mujeres y los jóvenes, que incluye los siguientes indicadores: *a)* tasa de crecimiento del Producto Interno Bruto (PIB) por persona empleada; *b)* relación empleo-población; *c)* proporción de la Población Ocupada (PO) que vive por debajo del umbral de la pobreza; y *d)* proporción de la PO que trabaja por cuenta propia o en una empresa familiar, que refleja el nivel de empleo vulnerable.³

La situación del empleo en muchos de los países es precaria, con altos índices de desempleo, así como alto grado de trabajadores informales que no cuentan con un trabajo decente con el cual logren cubrir sus necesidades básicas y que no les provee los derechos mínimos de todo trabajador.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH)⁴ manifiesta que esta meta guarda relación con una amplia gama de derechos humanos. En la propia Declaración del Milenio, la declaración sobre la pobreza extrema se ve inmediatamente seguida por las palabras: “*Estamos empeñados en hacer realidad para todos ellos el derecho al desarrollo y en poner a toda la especie humana al abrigo de la necesidad*”.

De igual forma, varios derechos económicos y sociales se encuentran directamente vinculados con la seguridad de los ingresos,

1 Centro de Información de las Naciones Unidas en México, *Los 8 objetivos del Milenio*, México, CINU, 2014, http://www.cinu.mx/minisitio/ODM8/los_8_objetivos_del_milenio/.

2 El Banco Mundial define la pobreza extrema y el hambre como el porcentaje de la población que vive con menos de US\$1.08 diario, precios internacionales de 1993 (equivalente a US\$1 en precios de 1985, ajustado por la paridad de poder de compra), <http://www.bancomundial.org/temas/omd/definiciones.htm>.

3 Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia (SEGEPLAN), *Tercer informe de avances en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio, Objetivo 1: Erradicar la pobreza y el hambre*, Guatemala, Serviprensa, 2010, p. 29.

4 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Reivindicar los objetivos de desarrollo del milenio: Un enfoque de derechos humanos*, Nueva York y Ginebra, OACNUDH, 2008, p. 19.

como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a una remuneración justa e igual por trabajo del mismo valor y el derecho a la seguridad social, todos los cuales pueden encontrarse en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en muchos tratados internacionales y regionales de derechos humanos y constituciones nacionales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁵ reconoce en sus artículos del 6 al 9: el derecho a trabajar, a las condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (estableciendo el salario mínimo), el derecho a fundar sindicatos, afiliarse, así como el derecho de huelga, el derecho a la seguridad social y al seguro social.

Algunos tratados hacen referencia a la discriminación en cuanto a los ingresos (como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial⁶ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer),⁷ mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸ prohíbe el trabajo forzoso, que a menudo provoca pobreza de ingresos.

Específicamente, el derecho a una vida libre de pobreza fue consignado en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*.

5 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su Protocolo Facultativo, fue aprobado mediante la resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de manera conjunta con la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Ambos tratados desarrollan el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos y son obligatorios para los Estados que han manifestado su consentimiento de quedar vinculados a ellos.

6 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, Resolución 2106 A (XX) de fecha 21 de diciembre de 1965.

7 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Resolución 34/180 de fecha 18 de diciembre de 1979.

8 Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI) de fecha 16 de diciembre de 1966.

Aunque la pobreza se encuentra asociada generalmente a los bajos ingresos y recursos de la población, no se puede pretender reducir la misma, así como lograr el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, incluidos las mujeres y los jóvenes, si para ello no se trabaja de manera simultánea en el logro de los otros ODM.

Entre los otros objetivos con los cuales guarda estrecha relación esta meta, se encuentra el ODM2: Lograr la educación primaria universal. Ello debido a que en la medida en que la población cuenta con un mayor grado de escolaridad, la pobreza puede reducirse debido a que se abren las oportunidades para otras ocupaciones, mejores empleos y con ellos una expectativa de mejores ingresos.⁹ Y todo ello no se puede implantar sin poder alcanzar la equidad entre hombres y mujeres (ODM3), debido a que una mayor igualdad de oportunidades para las mujeres puede ayudar a acelerar el crecimiento económico, ya que les brinda la posibilidad de ser más productivas.¹⁰

También tiene relación con el ODM7: Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente. El agua es vital para las actividades económicas y para el desarrollo local. Si hay disponibilidad de agua, habrá mayores ingresos para la población. Además, si hay agua potable y es accesible a la población, se estimula el desarrollo y se reducen las enfermedades infecciosas en la comunidad.¹¹

Por lo que se refiere a la situación de la pobreza en Guatemala, el Instituto Nacional de Estadística (INE) establece como línea de pobreza extrema, la que representa el costo de adquirir la canasta de alimentos que cubra con el requerimiento calórico mínimo anual por persona; y, como líneas de pobreza no extrema, aquellas en las que además del costo de la canasta básica de alimentos, incluye un monto adicional que corresponde al porcentaje del gasto por consumo de otros bienes y servicios. Evidentemente, las diferencias son muy marcadas según el área geográfica de que se trate, de manera que existe mayor pobreza en el área rural que en el área urbana.¹²

9 Organización de las Naciones Unidas, *Manual sobre los objetivos de desarrollo del milenio con enfoque de derechos humanos, Guatemala: informe nacional de desarrollo humano y Sistema de las Naciones Unidas en Guatemala*, Guatemala, ONU, 2008, p. 35.

10 *Idem.*

11 *Idem.*

12 Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta nacional de condiciones de vida –ENCOVI 2011–*, Guatemala, INE, 2011, p. 8.

El valor anual per cápita de la línea de pobreza, según el INE, es: En el 2000, para la extrema pobreza: 1911.00 quetzales; y para la pobreza no extrema, 4,318.00 quetzales. En el año 2006, para la extrema pobreza: 3,206.00 quetzales y para la no extrema, 6,574.00 quetzales. Y en 2011, pobreza extrema: 4,380.00 quetzales y no extrema: 9,039.00 quetzales.

En cuanto a la incidencia de la pobreza a nivel nacional, esta es la siguiente: Extrema: 13%, no extrema: 41% y no pobreza: 46%.¹³

Resulta interesante también conocer la evolución de la canasta básica y de la canasta básica vital, y en este sentido, los datos que proporciona el INE son los siguientes:

- a) *Canasta básica (en quetzales)*: septiembre de 1995: 945.6; septiembre del 2000: 1193.76; septiembre del 2005: 1373; para septiembre del 2010: 2030.10; y, en septiembre del 2011: 2383.5.¹⁴
- b) *Canasta básica vital (en quetzales)*: septiembre de 1995: 1739.03; septiembre del 2000: 2178.39; septiembre del 2005: 2593.94; para septiembre del 2010: 3704.56; y, para marzo del 2013: 4970.26.¹⁵

II. CONCEPTO DE TRABAJO DECENTE

De acuerdo con lo establecido en las diferentes normas internacionales de derechos humanos, el trabajo debe ser un trabajo decente, que sea una ocupación en que se protegen los citados derechos humanos y los derechos de los trabajadores en lo referente a la seguridad y la remuneración.

OACNUDH indica que:

El derecho a un trabajo decente no se limita al trabajo asalariado, sino que se extiende también al empleo por cuenta propia, al trabajo a domicilio y a otras actividades generadoras de ingresos. Además, presupone la creación de condiciones sociales, económicas y materiales en que todas las personas tengan la oportunidad de prosperar, en forma justa y equitativa, con su propio

13 *Ibidem*, p. 9.

14 Instituto Nacional de Estadística, *Costo de la canasta básica alimentaria para la República 1995-2012*, Guatemala, INE, <http://www.ine.gob.gt/np/CBA/>.

15 Instituto Nacional de Estadística, *Costo de la canasta básica vital para la República 1995-2013*, Guatemala, INE, <http://www.ine.gob.gt/np/CBV/>.

*esfuerzo y de manera compatible con su dignidad. Por tanto, el derecho a un trabajo decente lleva consigo la responsabilidad de promover la capacidad y aumentar las oportunidades de las personas a fin de que puedan encontrar trabajo productivo y ganarse la vida decentemente.*¹⁶

Virgilio Levaggi manifiesta que:

*Trabajo decente es un concepto que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo o un empleo digno. El trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo.*¹⁷

Óscar Ermida Uriarte señala que una primera aproximación al significado de la expresión *trabajo decente* puede ser la puramente gramatical, no siempre adecuada a conceptos técnicos. Sin embargo, en este caso, el significado literal de la voz *trabajo decente* es, por lo menos en español, particularmente apropiado, pues la sexta acepción del adjetivo *decente* es: “*de buena calidad o en cantidad suficiente*”. Por lo que se puede partir de la constatación de que aun en el lenguaje común, un trabajo decente es, por lo menos, aquel *suficiente en calidad y cantidad*.¹⁸

La primera utilización expresa y formal de la expresión *trabajo decente* en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en las ciencias del trabajo, se daría en la *Memoria del director general* a la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999,¹⁹ que lleva ese título. Allí aparece una primera definición: “*trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con una remuneración adecuada y protección social*”. O sea que, en esta primera –y tal vez preliminar– formulación, el trabajo

16 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *Principios y directrices para la integración de los Derechos Humanos en las estrategias de reducción de la pobreza*, Ginebra, OACNUDH, p. 46.

17 Levaggi, Virgilio, “¿Qué es el trabajo decente?” *Peripecias*, núm. 46, Argentina, Oficina de la OIT para la Argentina, 2007.

18 Ermida Uriarte, Óscar, “Trabajo decente y formación profesional”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 151, Uruguay, OIT/Cinterfor, 2001, pp. 9-26, <http://www.oitcinterfor.org/pt-br/node/3465>. iarte

19 Somavía, Juan, *Trabajo decente: Memoria del director general*, Ginebra, OIT, 1999.

decente se caracterizaría por los siguientes componentes: *a)* trabajo productivo; *b)* con protección de derechos; *c)* con ingresos adecuados; y *d)* con protección social. De conformidad con lo expuesto luego en el mismo documento, habría que agregar un quinto carácter esencial: *e)* el tripartismo y el diálogo social.

En conclusión –necesariamente preliminar y provisional–, puede decirse que el trabajo decente es un concepto en construcción, de carácter integrativo y de profundo contenido ético. Puede agregarse también que en el seno de la OIT se le han atribuido los siguientes caracteres: *a)* trabajo productivo y seguro; *b)* con respeto a los derechos laborales; *c)* con ingresos adecuados; *d)* con protección social; y *e)* con diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación.²⁰

Según Amparo Merino Segovia,²¹

El trabajo decente es un objetivo de alcance universal e indivisible, fundado en valores y principios fundamentales. Supone que hombres y mujeres disponen de oportunidades para realizar una actividad productiva que aporte un salario justo, seguridad en el trabajo y protección social, ofreciendo mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social y garantizando los derechos de participación y asociación, así como la igualdad de oportunidades y de trato para todos y todas.

El trabajo decente busca expresar lo que en un mundo global debe ser un trabajo digno, con respeto a los principios y derechos laborales fundamentales. Los cambios habidos en las legislaciones laborales han favorecido la erosión de los derechos y la desprotección de los trabajadores en muchos países, con fórmulas de trabajo precario que se han extendido a todos los sectores de actividad a través de determinadas prácticas que dificultan el desarrollo de un trabajo digno, tales como la contratación temporal sin causa, intermediación laboral, subcontratación de obras y servicios a otras empresas, contratación de falsos trabajadores por cuenta propia, períodos de prueba excesivos, trabajo a tiempo parcial, trabajo a domicilio, etc. Con la crisis económica y financiera se ha reducido a la mitad el crecimiento

20 *Idem.*

21 Merino Segovia, Amparo, “Trabajo decente”, *Diccionario crítico de empresas transnacionales*, Madrid, Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL), 2012, <http://omal.info/spip.php?article4840>, pp. 2-3.

salarial a nivel global.²² La negociación colectiva y el diálogo social son instrumentos esenciales en la consecución del trabajo decente. Allá donde la negociación colectiva ofrece mayor cobertura y donde existe un salario mínimo, las retribuciones son superiores y se reduce la desigualdad salarial, siendo las mujeres las que más se benefician de este colchón debido a su sobrerrepresentación en los empleos peor retribuidos.

III. INDICADORES DE TRABAJO DECENTE

Dharam Ghai,²³ dice que son indicadores para determinar la existencia de trabajo decente:

1. Los que permiten medir las oportunidades de empleo, entre los que destacan: *a)* la tasa de actividad (población integrada en la fuerza de trabajo), *b)* la tasa de empleo²⁴ (también llamada tasa de ocupación) y *c)* la tasa de desempleo.²⁵
2. La remuneración del trabajo, que es un elemento de la “calidad” del mismo, siendo en este punto importante el indicador de la informalidad del trabajo, ya que supone su precarización. En este sentido, señala de la Fuente Lavín, citando a Fraile, que el sector informal comprende los trabajadores de microempresas

22 El informe de la OIT sobre el salario en 2010 alerta del descenso salarial medio mundial (con la excepción de China) en un 0,8% en 2008 y 0,7% en 2009. Estas cifras evidencian que la recesión ha sido dramática no solo para los millones de personas que han perdido su empleo, sino también para los que lo han mantenido, ya que han visto reducido su poder adquisitivo y su bienestar general, con una progresiva degradación de sus derechos sociales. *Idem*.

23 Ghai, Dharam, “Trabajo decente: concepto e indicadores”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, núm. 2, vol. 122, 2003, www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/ghai.pdf.

24 La tasa de empleo (relación entre la población ocupada y la población en edad de trabajar) ofrece la ventaja de que nos da información acerca de la cantidad y el porcentaje de personas en edad laboral que se dedican a producir bienes y servicios y sobre su desglose por edad y sexo. Además, abarca todas las categorías de trabajadores, por lo que nos revela si la cantidad y el porcentaje de las personas ocupadas están aumentando o disminuyendo y las variaciones de las pautas de la ocupación por edad y sexo. La principal laguna de este indicador en la medición de las posibilidades de trabajo es que no aporta información sobre las horas trabajadas: en la mayoría de las situaciones laborales, se considera que la persona está ocupada si trabaja más de una hora al día. *Idem*.

25 Se considera desempleado a quien no tiene empleo, pero está disponible para trabajar y busca activamente trabajo. *Idem*.

y los trabajadores domésticos, familiares e independientes, mientras que el empleo informal abarca los puestos de trabajo no protegidos por la legislación laboral y de seguridad social y no se limita al sector informal sino que, obviamente en menor proporción, también se da en grandes empresas de la economía regular.²⁶ Entre los elementos que abarcan las condiciones de trabajo están: el trabajo nocturno, las horas de trabajo, el reposo semanal y las vacaciones pagadas, etc.

3. La seguridad social sirve para atender las necesidades de subsistencia apremiantes de la población y ampararla frente a los imprevistos. Por consiguiente, es un aspecto importante del trabajo decente. Generalmente se emplean dos tipos de indicador para conocer si la seguridad social es suficiente y adecuada: el gasto público en seguridad social medido en porcentaje del PIB y el grado de cobertura de los trabajadores frente a los imprevistos y circunstancias apremiantes antes mencionadas.
4. El trabajo forzoso contemporáneo adopta múltiples formas: situaciones de esclavitud, servidumbre, servidumbre por deudas y trabajo de reclusos. También puede consistir en el trabajo obligatorio exigido para proyectos educativos, comunitarios y estatales.
5. El trabajo infantil ha despertado recientemente gran interés en los gobiernos, los organismos internacionales, las asociaciones ciudadanas y los medios de comunicación, pero la OIT lleva ocupándose mucho tiempo de este problema.
6. La discriminación en el trabajo consiste en denegar la igualdad de trato y de oportunidades a las personas, por ellas mismas o por pertenecer a un colectivo social determinado.²⁷ El indicador habitual se refiere a la discriminación por razón de sexo (géne-

26 Fuente Lavín, Mikel de la, "Algunas cuestiones sobre el impacto de las empresas transnacionales: fiscalidad, deslocalizaciones y calidad de empleo", en Hernández Zubizarreta, Juan *et al.* (eds.), *Empresas transnacionales en América Latina. Análisis y propuestas del movimiento social y sindical*, Bilbao, Universidad del País Vasco UPV/EHU, Observatorio de multinacionales en América Latina (OMAL), 2013, p. 107.

27 El Convenio de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), enuncia del modo siguiente los posibles motivos de discriminación: Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por

ro), mas, en principio, se pueden utilizar los mismos tipos de indicadores para conocer los casos de discriminación por otros motivos. Las tasas de desempleo de los hombres y las mujeres revelan también las disparidades entre los sexos en este ámbito.

7. Se han propuesto varios indicadores para valorar la situación en materia de libertad de sindicación. Al respecto, conviene distinguir entre dos tipos de indicadores: los que miden directamente la libertad de sindicación y los que se basan en los resultados o consecuencias de esa libertad.
8. El diálogo social de los diferentes colectivos sociales y económicos, y entre ellos y las autoridades públicas, es un atributo esencial de la sociedad democrática y un instrumento para resolver con espíritu de concordia los conflictos de intereses que inevitablemente surgen a propósito de las políticas económicas y sociales. Se desenvuelve en uno de los tres planos siguientes: entre los empleadores y los trabajadores a propósito de las condiciones de contratación y de trabajo (negociación colectiva); entre la dirección y los trabajadores de una empresa, sobre el funcionamiento de esta (democracia económica); y entre los interlocutores sociales y las autoridades públicas, sobre la política social y económica (participación en el ámbito nacional).²⁸

Por lo que se refiere a la tasa global de participación de la Población Económicamente Activa (PEA), aproximadamente 9.5 millones de personas tienen 15 o más años de edad, por lo que se encuentran en la Población en Edad de Trabajar (PET); de ellas, 6.2 millones conforman la PEA. Proporcionalmente, a nivel nacional, 65 de cada 100 personas en edad de trabajar están trabajando o buscando un trabajo.²⁹

La tasa global de participación de la PEA por sexo,³⁰ señala que la tasa de participación de las mujeres es menor en comparación con la de los hombres en todos los dominios de estudio; se destaca el do-

efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación (artículo 1, párrafo 1, apartado a)).

28 Ghai, Dharam, *op. cit.*, nota 23.

29 Instituto Nacional de Estadística, *Caracterización estadística de Guatemala (Año 2012)*, Guatemala, INE, p. 36.

30 Tasa global de participación de la PEA por sexo: Total nacional: 87.6 hombres y 45.7 mujeres. Urbano metropolitano: 80.1 hombres y 50.5 mujeres. Resto urbano: 85.3 hombres y 49.7 mujeres. Rural nacional: 92.2 hombres y 41.1 mujeres (Fuente:

minio rural, en que la tasa de participación de las mujeres es menos de la mitad que la de los hombres. En el dominio urbano metropolitano, la tasa de participación de los hombres es levemente menor en relación con los demás dominios de estudio; por el contrario, las mujeres tienen más incidencia.

Si se observa la tasa global de participación de la PEA por grupo étnico,³¹ resulta, como señala el INE,³² que la participación en el mercado laboral de la población no indígena no muestra variaciones significativas en los distintos ámbitos de estudio; sin embargo, se destaca la fuerza de trabajo indígena con una mayor participación en el dominio Resto Urbano respecto de los demás dominios. Por edad, del total de la población económicamente activa, el 29% es joven. Destaca la baja proporción de jóvenes en la PEA en el área urbana metropolitana, en la que solamente 2 de cada 10 son menores de 25 años. Sin embargo, en el área rural es donde se observa mayor porcentaje de jóvenes, dato consistente con la tasa observada de trabajo infantil.³³

Seguidamente, se plasman algunas estadísticas proporcionadas por el INE que permitirán determinar si en Guatemala existen indicios de trabajo decente:³⁴

- a) *Población ocupada por sexo*: Total Nacional: 97.6% Hombres y 96.4% Mujeres; Urbano Metropolitano: 93.8% Hombres y 92.6% Mujeres; Resto Urbano: 97.8% hombres y 97.4% mujeres; Rural Nacional: 98.8% Hombres y 97.5% Mujeres.
- b) *Población ocupada por actividad económica*: La producción agrícola es la actividad económica que absorbe la mayor cantidad de fuerza de trabajo de acuerdo con las estimaciones de la ENEI 2012, con el 32%, siguiendo en orden las actividades del comercio y servicios con el 29% y la industria con el 14%, con lo que se manifiesta el proceso de la tercerización de la economía nacional.

Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta nacional del empleo e ingresos –ENEI 2012–*, www.ine.gov.gt/np/enei/enei%202012/.../comunicado_de_prensa.pdf.

31 *Ibidem*.

32 Tasa global de participación de la PEA por grupo étnico: Total nacional: 67.3 indígena y 64.2 no indígena. Urbano metropolitano: 67.8 indígena y 64.1 no indígena. Resto urbano: 68.5 indígena y 64.2 no indígena. Rural nacional: 66.6 indígena y 64.2 no indígena. (Fuente: Instituto Nacional de Estadística, *Ibidem*.)

33 *Ibidem*.

34 *Ibidem*.

- c) *Población ocupada por sector económico (sector informal)*: Total Nacional: Formal: 25.5%, Informal: 74.59%; Urbano Metropolitano: Formal: 52.4%, Informal: 47.6%; Resto Urbano: Formal: 24.8%, Informal: 75.2%; Rural Nacional: Formal: 15.5%, Informal: 84.5%.
- d) *Sector informal por sexo*: Total Nacional: hombre: 61.4%, mujer: 38.6%; Urbano Metropolitano: Hombre: 51.7%, Mujer: 48.3%; Resto Urbano: Hombre: 57.5%, Mujer: 42.5%; Rural Nacional: Hombre: 65.9%, Mujer: 34.1%.
- e) *Tasa de subempleo visible*:³⁵ Total Nacional: 17.8%; Urbano Metropolitano: 16.1%; Resto Urbano: 19.6%; Rural Nacional: 17.4%.
- f) *Tasa de subempleo visible por sexo*: Total Nacional: Hombre: 16.7%, Mujer: 19.8%; Urbano Metropolitano: Hombre: 15.0%, Mujer: 17.6%; Resto Urbano: Hombre: 17.2%, Mujer: 23.3%; Rural Nacional: Hombre: 17.0%, Mujer: 18.2%.
- g) *Subempleo visible por actividad económica (porcentaje sobre el total nacional)*: Agricultura: 29.4%; Comercio: 27.3%; Otras Actividades de Servicios: 11.3%; Industria Manufacturera: 11.2%; Administración Pública: 8.9%; Construcción: 8.1%; Profesionales: 1.3%; Financieras y Seguros: 1.2%; Comunicaciones: 1.1%; Inmobiliarias: 0.2%.
- h) *Tasa de desempleo abierto sobre población económicamente activa*: Tasa Nacional: 2.9%; Urbana Metropolitana: 6.7%; Resto Urbana: 2.3%; Rural Nacional: 1.6%.
- i) *Tasa de desempleo abierto visible por sexo*: Total Nacional: Hombre: 2.4%, Mujer: 3.6%; Urbano Metropolitano: Hombre: 6.2%, Mujer: 7.4%; Resto Urbano: Hombre: 2.2%, Mujer: 2.6%; Rural Nacional: Hombre: 1.2%, Mujer: 2.5%.
- j) *Tasa de desempleo abierto por edad*: Total Nacional: 4.9% de trabajadores de 15 a 24 años, 2.1% de trabajadores de 25 años o más; Urbano Metropolitano: 13.0% de trabajadores de 15 a 24 años,

35 El subempleo representa a las personas que, aunque están ocupadas, laboran menos de la jornada ordinaria de trabajo y desean trabajar más. En Guatemala aproximadamente el 18% de la población económicamente activa se encuentra en subempleo visible, observándose la mayor incidencia en el dominio resto urbano. *Ibidem*.

4.9% de trabajadores de 25 años o más; Resto Urbano: 5.3% de trabajadores de 15 a 24 años, 1.3% de trabajadores de 25 años o más; Rural Nacional: 2.5% de trabajadores de 15 a 24 años, 1.2% de trabajadores de 25 años o más.

- k) *Población desempleada por tiempo buscando empleo (porcentaje sobre el total nacional):* 4 semanas o menos: 41.2%; entre 5 a 8 semanas: 14.9%; entre 9 y 12 semanas: 6.2%; entre 13 y 16 semanas: 3.5%; más de 16 semanas: 34.2%.
- l) *Ingreso laboral mensual promedio por quintiles (en quetzales):* Los datos de la ENEI 2012, establecen que el 20% de los trabajadores con menores ingresos tiene en promedio un ingreso laboral mensual de Q 279.00, mientras que el 20% de mayores ingresos, obtiene un ingreso mensual de Q 5,795.00. El ingreso promedio del quintil más alto es 20 veces mayor que el del quintil más bajo. Primer quintil: Q279.00; segundo quintil: Q780.00; tercer quintil: Q1341.00; cuarto quintil: Q2294.00; quinto quintil: Q 5795.00.
- m) *Promedio de ingreso laboral mensual por ocupación principal (en quetzales):* Ocupaciones Elementales: Q883.00; Agricultores y Trabajadores Calificados: Q1123.00; Oficiales y Operarios: Q1703.00; Trabajadores de Servicios: Q2067.00; Operadores de Máquinas: Q2662.00; Personal de Apoyo Administrativo: Q2991.00; Profesionales Científicos e Intelectuales: Q4445.00; Técnicos y Profesionales de Nivel Medio: Q4566.00; Ocupaciones Militares: Q5301.00; Directores y Gerentes: Q6160.00.
- n) *Promedio de ingreso laboral mensual por actividad económica (en quetzales):* Agricultura: Q746.00; Otras Actividades: Q1257.00; Industria: Q1918.00; Comercio: Q2184.00; Construcción: Q2238.00; Actividades Inmobiliarias: Q3214.00; Actividades Profesionales: Q3831.00; Administración Pública: Q3915.00; Actividades Financieras: Q4085.00; Información y Comunicaciones: Q4728.00.
- o) *Promedio de ingreso laboral mensual por dominio de estudio (en quetzales):* Se registra en términos generales que el salario promedio de los asalariados es mayor que el de los trabajadores independientes, especialmente en el área rural, con excepción del dominio Resto Urbano. Total Nacional: Asalariado: Q1879.00, Independiente: Q1586.00; Área Metropolitana: Asalariado:

Q2768.00, Independiente: Q2511.00; Resto Urbano: Asalariado: Q1835.00, Independiente: Q2037.00; Rural Nacional: Asalariado: Q1379.00, Independiente: Q1055.00.

- p) *Promedio de ingreso mensual por sexo*: Son evidentes las brechas que se establecen entre los ingresos laborales obtenidos entre hombres y mujeres por dominios de estudio. Las mujeres rurales independientes registran el menor ingreso y los hombres independientes del área urbana metropolitana el mayor. Urbano Metropolitano: Hombre: Asalariado: 3.0%, Independiente: 3.6%; Mujer: Asalariada: 2.4%, Independiente: 1.4%; Resto Urbano: Hombre: Asalariado: 1.9%, Independiente: 2.6%; Mujer: Asalariada: 1.7%, independiente: 1.4%; rural nacional: hombre: asalariado: 1.4%, Independiente: 1.2%; Mujer: Asalariada: 1.3%, Independiente: 0.9%.
- q) *Promedio de ingreso laboral mensual por horas trabajadas (en quetzales)*: Las diferencias observadas entre los ingresos laborales entre asalariados e independientes, se ve de manera más pronunciada entre los que laboran entre 20 y 40 horas a la semana. Menos de 20 horas a la semana: asalariados: Q 672.00, independientes: Q 743.00. Entre 20 y 40 horas a la semana: asalariados: Q 1908.00, independientes: Q 1451.00. Entre 41 y 48 horas a la semana: asalariados: Q 1871.00, independientes: Q 1576.00. Más de 48 horas semanales: asalariados: Q 2073.00, independientes: Q 2424.00.
- r) *Tasa global de participación para trabajo infantil*: Se entiende por “trabajo infantil” aquel que priva a los niños de su infancia y su dignidad, impide que accedan a la educación y se lleva a cabo en condiciones perjudiciales para su salud y desarrollo social. Según la ENEI 2012, del total de niños entre 7 y 14 años a nivel nacional, el 19% se encuentra realizando alguna actividad económica. La mayor tasa de ocupación infantil se registra en el área rural. Total Nacional: 19.2%; Urbano Metropolitano: 6.9%; Resto Urbano: 14.9%; Rural Nacional: 25.0%.
- s) *Trabajo infantil por sexo*: Total Nacional: Hombre: 71.1%, Mujer: 28.9%; Urbano Metropolitano: Hombre: 72.2%, Mujer: 27.8%; Resto Urbano: Hombre: 63.6%, Mujer: 36.4%; Rural Nacional: Hombre: 73.5%, Mujer: 26.5%.

- t) *Trabajo infantil por grupo étnico*: Total Nacional: Indígena: 59.6%, No Indígena: 40.4%; Urbano Metropolitano: Indígena: 16.9%, No Indígena: 83.1%, Resto Urbano: Indígena: 59.7%, No Indígena: 40.3%, Rural Nacional: Indígena: 62.8%, No Indígena: 37.2%.
- u) *Trabajo infantil por actividad económica (en porcentaje)*: Agricultura: 67.1%; Comercio: 20.3%; Industria Manufacturera: 7.6%; Otras Actividades: 5.0%.
- v) *Trabajo infantil por ocupación (en porcentaje)*: El tipo de trabajo que desarrollan los niños y niñas depende en gran medida de su sexo, sin embargo, se observa que laboran principalmente en actividades poco calificadas: 8 de cada 10 se encuentran en esta categoría; siguen en importancia los vendedores de productos. Ocupaciones Elementales: 78.8%; Vendedores de Comercios y Mercados: 14.8%; Operarios: 5%; Otras Ocupaciones: 1.4%.³⁶

La Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), señala que en cuanto al contrato de trabajo y al seguro social se refiere, un indicador para determinar la formalidad o informalidad de una relación de trabajo, es la existencia de un contrato de trabajo escrito. Según la información recopilada, el 63% de los asalariados no posee un contrato de trabajo escrito, evidenciando diferencias de acuerdo con la variable étnica: el 43% de los ladinos tiene contrato de trabajo escrito y solamente el 27% de los indígenas. La variable más importante para determinar la formalidad o informalidad en el trabajo es la cobertura por el régimen de seguridad social. Más de la mitad de los asalariados no están afiliados al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), y de los no cubiertos, a más de dos tercios le gustaría estar afiliado, por lo que hay una base importante para impulsar campañas que promuevan la afiliación al seguro social.³⁷ Seguidamente se plasman datos estadísticos realizados por ASIES, a efectos de conocer la situación del empleo remunerado, las condiciones de trabajo y seguridad social:

36 Fuente: Estadísticas del Instituto Nacional de Estadística: A a V, ambas inclusive. *Ibidem*.

37 Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), *Estudio de opinión pública sobre trabajo decente y economía informal*, Guatemala, ASIES, 2012, p. 11-23.

- a) *Asalariados según afiliación al seguro social y contrato de trabajo:* Con contrato de trabajo, el 80% está afiliado al IGSS y el 20%, no lo está. Sin contrato de trabajo, el 22% está afiliado, y el 78% no lo está.
- b) *Asalariados según afiliación al seguro social y tiempo trabajado:* Con 6 años o menos, el 33% está afiliado al IGSS; el 67%, no lo está. Con 7 años o más de trabajo, el 65% está afiliado, frente al 35% que no lo está.
- c) *Asalariados según afiliación al seguro social y tamaño de la empresa en la que laboran:* En las microempresas, el 14% está afiliado y el 86% no lo está. En las pequeñas, el 54% está afiliado y el 46% no lo está. En las medianas, el 62% se encuentra afiliado y el 38% no lo está. Mientras que en las empresas grandes, el 82% está afiliado, siendo 18% el porcentaje de no afiliados.
- d) *Asalariados según el pago de horas extraordinarias:* No, el 63%; Sí, el 31%; no trabaja más de 8 horas al día el 3%, y a veces, el 2%.
- e) *Asalariados según acceso a prestaciones seleccionadas:* Vacaciones, el 50%; bono 14, el 54%; aguinaldo, el 58%; y descanso remunerado, el 75%.
- f) *Asalariados según satisfacción laboral y acceso a prestaciones laborales:* De los satisfechos, el 49% tiene IGSS y el 40% cuenta con contrato. El 22% de los insatisfechos cuenta con IGSS, mientras que el 25% tiene contrato de trabajo.
- g) *Asalariados según salarios mensuales percibidos en quetzales:* Menos de Q1000.00, el 26%; de Q1001.00 a Q1500.00, el 25%; de Q1501.00 a Q2000.00, el 16%; de Q2001.00 a Q2500.00, el 14%; de Q2501.00 a Q3300.00, el 9%; de Q3301.00 a Q4000.00, el 4%; de Q4001.00 a Q5000.00, el 2%; de Q5001.00 a Q6600.00, el 1%; de Q6601.00 a Q9500.00, el 2%; y más de Q9500.00, el 1%.
- h) *Asalariados que han sufrido o conocido compañeros que han sufrido un accidente de trabajo:* Sí, el 40%; No, el 45%; No responde, el 15%.
- i) *Asalariados por tipo de empleo y género:* Masculino: el 25% es empleado del gobierno, el 71% es empleado privado, un 4% se desempeña como jornalero, y el 2% es empleado doméstico. En cuanto se refiere a las mujeres, el 28% son empleadas del gobier-

no, mientras que un 55% se desempeña en el sector privado, el 1% trabaja como jornalera y el 17%, como empleada doméstica.

- j) *Asalariados por tiempo de jornada:* De 2 a 4 horas, 1%; de 4 a 6 horas, 15%; y de 6 a 8 horas, 84%.
- k) *Empleados según el tamaño de la empresa en que laboran:* microempresas, 32%; pequeñas, 22%; medianas, 10%; y grandes, 20%.

Por lo que se refiere a la libertad sindical y negociación colectiva, informa la Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA) que la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, señala en su informe del año 2010 la falta de voluntad política del Estado de Guatemala para dar plena vigencia a los convenios 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, y 98, sobre negociación colectiva. El documento contiene comentarios sobre la impunidad e ineficacia del sistema de justicia, la implementación de modalidades de trabajo forzoso (tanto dentro del sector público como en el sector privado), graves violaciones a los derechos de los pueblos indígenas, prácticas de discriminación contra las mujeres, racismo y discriminación, entre otras graves violaciones a los derechos humanos de los y las trabajadoras.³⁸

Las violaciones a la libertad sindical y a la negociación colectiva se ponen de manifiesto por el Consejo de Administración de la OIT; por ejemplo, en algunos supuestos como los siguientes:

- a) *Caso núm. 2203* (Guatemala), informe provisional; queja contra el Gobierno de Guatemala presentada por la Unión Sindical de Trabajadores de Guatemala (UNSI TRAGUA) y el Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG).
- b) *Caso núm. 2445* (Guatemala), informe provisional; queja contra el Gobierno de Guatemala presentada por la Confederación Mundial del Trabajo (CMT) (en 2005) y la Confederación General de Trabajadores de Guatemala (CGTG).

38 Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de las Américas (CSA), http://www.csa-csi.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5796%3Aguatemala-informe-de-la-oit-&catid=25%3Anotas-y-articulos&Itemid=258&lang=es.

- c) *Caso núm. 2859*, informe definitivo; queja contra el Gobierno de Guatemala presentada por UNSITRAGUA, CGTG, la Confederación de Unidad Sindical de Guatemala (CUSG) y el Frente Nacional de Lucha (FNL).³⁹

IV. GUATEMALA ANTE EL TRABAJO DECENTE

La Constitución Política de la República de Guatemala establece en su artículo 101, el trabajo como un derecho y una obligación social. En tanto que el artículo 118 dispone que el régimen económico y social de la República de Guatemala se funda en principios de justicia social; que es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional; y que cuando fuere necesario, el Estado actuará complementando la iniciativa y la actividad privada, para el logro de los fines expresados. Además, se encuentra el Código de Trabajo, que regula en Guatemala todo lo referente a la materia, al contener la legislación básica en relación con el trabajo.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos ordena en su artículo 23, que *“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”*. De igual forma, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), órgano especializado de la ONU que busca promover oportunidades para que todas las personas puedan obtener un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, ha elaborado diversos convenios sobre la materia que han sido ratificados por los países miembros. Tal es el caso del Convenio 118 sobre la Igualdad de Trato, así como el Convenio 189 sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos.

La materia laboral es de vital importancia para el desarrollo de un país, así como la productividad y las condiciones bajo las cuales lleven a cabo sus labores los trabajadores. Es por este motivo que se

39 Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, 364° Informe del Comité de Libertad Sindical, Ginebra, 2012, 315ª Reunión, párrafos 502 a 574, http://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB315/ins/WCMS_183433/lang-es/index.htm.

ha tratado de legislar en la materia, siendo la misma en Guatemala privativa y tutelar.

En cuanto se refiere al logro de los objetivos del milenio en orden a alcanzar el empleo productivo y el trabajo decente –incluidas las mujeres y los jóvenes–, en Guatemala, para el cumplimiento de esta meta se plantearon las siguientes políticas públicas, cada una de las cuales contaba con sus oportunos programas.

- a. Política de Desarrollo Social y Población.
- b. Política Educativa 2008-2011.
- c. Política Nacional para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.
- d. Política Nacional para el Desarrollo Turístico Sostenible en Guatemala 2004-2014.

Basta con revisar los datos estadísticos suministrados para comprender que, ni de lejos, se cumplirá en el 2015 el objetivo previsto. Seguramente por ello se ha suscrito el Memorándum de Entendimiento para la puesta en marcha del Marco de Cooperación Técnica de la OIT: Programa de Trabajo Decente para la República de Guatemala 2012-2015.⁴⁰ En el acuerdo, los involucrados se comprometieron a

40 El documento ha sido suscrito por el presidente de la República, Otto Pérez Molina (quien firmó como testigo de honor) y el ministro de Trabajo y Previsión Social, Carlos Francisco Contreras. También participaron representantes de la OIT, encabezados por el director del Equipo de Trabajo Decente y Oficina de Países de la OIT para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana. Asimismo, se contó con la representación de la Cámara de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras (CACIF) y, por parte del sector de los trabajadores, suscribieron el texto la Central General de Trabajadores de Guatemala –CGTG–, la Confederación de Unidad Sindical de Guatemala –CUSG–, la Confederación Central de Trabajadores del Campo y la Ciudad –CTC–, la Federación Nacional de Sindicatos de Empleados Públicos –FENASSEP–, la Federación Nacional de Servidores Públicos –FENASEP–, la Federación Nacional de Sindicatos de Trabajadores del Estado de Guatemala –FENASTEG–, la Federación Sindical de Empleados Bancarios de Servicios y del Estado de Guatemala –FESEBS–, la Federación Sindical de Trabajadores de la Alimentación, Agro-Industria y Similares de Guatemala –FESTRAS–, la Federación de Trabajadores Campesinos y Urbanos –FETRACUR–, el Sindicato Nacional de Trabajadores de Salud de Guatemala –SNTSG–, el Sindicato de Trabajadores de la Educación de Guatemala –STEG–, el Sindicato de Trabajadores del Instituto Nacional de Electrificación –STINDE– y la Unión Sindical de Trabajadores de Guatemala –UNSITRAGUA–.

crear un Comité Tripartito de Seguimiento del programa, que se encargará de asegurar el efectivo cumplimiento del presente Marco de Cooperación Técnica de la OIT; y que define cuatro prioridades:

1. Promover y cumplir las normas y principios y derechos fundamentales en el trabajo.
2. Crear las oportunidades y propiciar las condiciones, para que tanto las mujeres como los hombres dispongan de ingresos y empleos decentes.
3. Realzar el alcance y la eficacia del sistema de seguridad social universal y no discriminatorio.
4. Fortalecer el tripartismo y el diálogo social efectivo.

V. CONCLUSIONES

1. El trabajo decente constituye una forma de expresión que pretende reflejar qué tan ético es el trabajo que se desarrolla en un Estado, si este se caracteriza, de acuerdo con el criterio imperante integrativo por ser productivo y seguro, con respeto a los derechos laborales, con ingresos adecuados, con protección social y con diálogo social, libertad sindical, negociación colectiva y participación. Ello no quiere decir que haya sido necesario crear el concepto de trabajo decente para exigir. Por ello, es necesario que los Estados cumplan todos sus elementos característicos, ya que estos existen hace ya muchos años, siendo de cumplimiento obligado, por imponerlo así la Constitución, las leyes internas, los tratados internacionales o los convenios de la OIT.
2. Guatemala, que suscribió los Objetivos de Desarrollo del Milenio, difícilmente podrá cumplir en la fecha prevista –2015– el compromiso incluido en la meta 1B: alcanzar el empleo productivo y el trabajo decente, incluidas las mujeres y los jóvenes. Como se acredita con las estadísticas obrantes en el cuerpo de esta comunicación, resulta más que improbable alcanzar los objetivos marcados, pese a los programas que en su momento se pusieron en marcha para este fin.
3. Existen importantes motivos que dificultan que en Guatemala se pueda contar con un trabajo digno, así: a) la mala calidad

del salario, que resulta insuficiente, situación agravada por la informalidad y precariedad del empleo, lo que además limita la percepción de prestaciones (aguinaldo, bono 14, vacaciones, etc.); *b*) la baja cobertura social de prestaciones a cargo del IGSS; *c*) la falta de cohesión social que ha impedido en buena medida el tripartismo, la deficiente negociación colectiva, y participación de empleadores y trabajadores en los aspectos económicos de la empresa, así como la falta de desarrollo de la actividad sindical; *d*) la utilización de mano de obra infantil en muchas actividades económicas, principalmente en el sector primario; *e*) la discriminación por razón de sexo y etnia; y *f*) la falta de acceso a la educación que posibilite la obtención futura de trabajos de mejor calidad, son circunstancias que afectan, como un gran lastre al pretendido trabajo decente, no pareciendo que el Programa de Trabajo Decente para la República de Guatemala 2012-2015, suscrito en el Memorandum de Entendimiento para la puesta en marcha del Marco de Cooperación Técnica de la OIT, sea suficiente para resolver, en tan poco tiempo, problemas tan graves y acuciantes como los que se han puesto de manifiesto.

4. Resulta de suma importancia, en este caso, reforzar la Inspección General de Trabajo, para que dé seguimiento a las políticas a implementar en el ámbito del trabajo decente, dándole un desarrollo conforme a los tiempos en que vivimos y no a aquellos en que se promulgó el Código de Trabajo. Igualmente, resulta fundamental el que el Instituto Nacional de Estadística realice y presente estadísticas fiables.

VI. REFERENCIAS

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Resolución 34/180 de 18/12/1979.

_____, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, Resolución 2106 A (XX) de 21/12/1965

_____, *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 2200 A (XXI) de 16/12/1966.

ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASÍES), *Estudio de opinión pública sobre trabajo decente y economía informal*, Guatemala, ASIES, 2012.

BANCO MUNDIAL, “Definiciones de los objetivos de desarrollo del milenio”, <http://www.bancomundial.org/temas/omd/definiciones.htm>.

CENTRO DE INFORMACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Los 8 objetivos del Milenio*, México, CINU, 2014, http://www.cinu.mx/minisitio/ODM8/los_8_objetivos_del_milenio/.

CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS AMÉRICAS (CSA), http://www.csa-csi.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5796%3Aguatemala-informe-de-la-oit-&catid=25%3Anotas-y-articulos&Itemid=258&lang=es

CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE LA OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *364° Informe del Comité de Libertad Sindical*, Ginebra, 2012, 315ª Reunión,

http://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB315/ins/WCMS_183433/lang-es/index.htm.

ERMIDA URIARTE, ÓSCAR, “Trabajo decente y formación profesional”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 151, Uruguay, OIT/Cinterfor, 2001, <http://www.oitcinterfor.org/pt-br/node/3465>.

FUENTE LAVÍN, Mikel de la, “Algunas cuestiones sobre el impacto de las empresas transnacionales: fiscalidad, deslocalizaciones y calidad de empleo”, en Hernández Zubizarreta, Juan *et al.* (eds.), *Empresas transnacionales en América Latina. Análisis y propuestas del movimiento social y sindical*, Bilbao, Universidad del País Vasco UPV/EHU, Observatorio de multinacionales en América Latina (OMAL), 2013.

GHAJ, Dharam, “Trabajo decente: concepto e indicadores”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, núm. 2, vol. 122, 2003, www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/ghai.pdf.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *Caracterización estadística de Guatemala (Año 2012)*, Guatemala, INE.

- _____, *Costo de la canasta básica alimentaria para la República 1995-2012*, Guatemala, INE, <http://www.ine.gob.gt/np/CBA/>.
- _____, *Costo de la canasta básica vital para la República 1995-2013*, Guatemala, INE, <http://www.ine.gob.gt/np/CBV/>.
- _____, *Encuesta nacional de condiciones de vida –ENCOVI 2011–*, Guatemala, INE, 2011,
- _____, *Encuesta nacional del empleo e ingresos –ENEI 2012–*, www.ine.gob.gt/np/enei/enei%202012/.../comunicado_de_prensa.pdf.
- LEVAGGI, Virgilio, “¿Qué es el trabajo decente?” *Peripecias*, núm. 46, Argentina, Oficina de la OIT para la Argentina, 2007.
- MERINO SEGOVIA, Amparo, “Trabajo decente”, *Diccionario crítico de empresas transnacionales*, Madrid, Observatorio de Multinacionales en América Latina (OMAL), 2012, <http://omal.info/spip.php?article4840>
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS (OACNUDH), *Principios y directrices para la integración de los derechos humanos en las estrategias de reducción de la pobreza*, Ginebra, OACNUDH.
- _____, *Reivindicar los objetivos de desarrollo del milenio: Un enfoque de derechos humanos*, Nueva York y Ginebra, OACNUDH, 2008.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Manual sobre los objetivos de desarrollo del milenio con enfoque de derechos humanos*, Guatemala, ONU, 2008.
- SECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN Y PROGRAMACIÓN DE LA PRESIDENCIA (SEGEPLAN), *Tercer informe de avances en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del milenio, Objetivo 1: Erradicar la pobreza y el hambre*, Guatemala, Serviprensa, 2010.
- SOMAVÍA, JUAN, *Trabajo decente: Memoria del director general*, Ginebra, OIT, 1999.

Los tratados de libre comercio y el derecho laboral guatemalteco*

Mgtr. Angélica Yolanda Vásquez Girón**

Sumario: I. Introducción. II. Tratados de libre comercio y el derecho laboral. III. Compromisos de Guatemala en relación con el derecho laboral a nivel internacional. IV. Necesidad de reformar o elaborar un nuevo Código de Trabajo. V. Conclusiones. VI. Referencias. VII. Anexos.

“El trabajo más productivo es el que sale de las manos de un hombre contento”.

Víctor Pauchet¹

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de globalización que se está imponiendo a las sociedades y Estados en todo el mundo para poder entrar al mercado

* Artículo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco / *Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: “Reflexiones para la transformación de la sociedad”.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Rafael Landívar. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la misma universidad. Abogada letrada de la Corte de Constitucionalidad, coordinadora de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad. Abogada coordinadora de la Secretaría del Pleno de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Catedrática auxiliar del curso de Derecho Procesal Civil I, asesora de tesis y miembro de terna examinadora de exámenes privados en la Universidad Rafael Landívar. Autora de *El curso de queja* (CC, 2005) y *Sistema de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (EAE, 2012).

1 Médico francés, innovador y pensador. Además de medicina, escribió el libro *“El camino de la dicha: la reeducación de sí mismo”*.

internacional, tiene como principal instrumento jurídico a los tratados de libre comercio, con los cuales se pretende una apertura comercial y expansión de mercados e intercambio de productos, pero también va exigiendo uniformidad y compatibilidad de normativa y procedimientos internos, en especial en temas tributarios, institucionales, de propiedad intelectual, ambientales y de derechos laborales.

Las disposiciones normativas contenidas en los tratados de libre comercio le dan especial relevancia a los derechos de trabajo, aunque tendrían que tener como fin, que se respeten las legislaciones laborales nacionales e internacionales a que los Estados se hayan comprometido para mantener reglas que logren equilibrar los beneficios económicos con el beneficio social. Su principal interés es evitar la competencia desleal provocada por el *dumping social*.²

En el presente trabajo se hace un breve análisis doctrinario sobre los tratados de libre comercio en relación con el derecho laboral. Se analiza la situación actual de Guatemala en esa materia, en especial frente al Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conforme los informes presentados, para establecer los compromisos adquiridos por Guatemala y las obligaciones que aún tiene pendientes de incluir, así como la participación de los sectores patronales y sindicales para que como nación, se encuentre el equilibrio y la competitividad internacional.

El tema se abordará desde tres áreas: doctrinal, jurídico-social y jurisprudencial, con el fin de responder a la pregunta de cuáles son los compromisos y obligaciones de Guatemala frente a los tratados de libre comercio en materia laboral, para lo cual se harán las citas de algunos autores que han escrito sobre el tema, haciendo comentarios y extrayendo conclusiones. Luego, se responderá a la pregunta de cuál es la situación de Guatemala, analizando informes presentados y estudios realizados en forma breve, para extraer una visión de la situación. Por último, se propone la posibilidad de crear un ente tripartito que elabore, en consenso y equilibrio, un nuevo Código de Trabajo más técnico en donde se encuentre separada un área sustantiva y otra procesal, por lo que se tiene como objetivos:

2 Consiste en la práctica de la baja de precio de los bienes para exportación, por medio de la reducción del costo de producción, derivado de salarios bajos y condiciones laborales y sociales mínimas.

- a) Describir los compromisos internacionales adquiridos por Guatemala en materia laboral, en especial con el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.
- b) Establecer en forma general la situación de Guatemala en relación con el derecho del trabajo a nivel nacional e internacional.
- c) Mostrar las fortalezas y debilidades que tiene Guatemala en esa materia.
- d) Proponer la reforma o la elaboración de un nuevo Código de Trabajo guatemalteco, debidamente consensuado.

II. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO Y EL DERECHO LABORAL

Los tratados de libre comercio son los instrumentos jurídicos principales del proceso de globalización, de la cual existe un debate para definirla, pero se puede tomar como referencia la descripción que hace Óscar Arroyo al indicar que *“La globalización económica es un proceso de apertura de mercados, es una tendencia en el comercio internacional. Puede ser definida como la gradual apertura de mercados, fronteras y fuentes de información que fueron clausurados como consecuencia de carencias tecnológicas y de decisiones gubernamentales”*.³ Básicamente, su fin es la apertura de mercados, pero sus consecuencias repercuten en todos los ámbitos, desde económicos, políticos, sociales, legales e incluso culturales.

Los tratados de libre comercio son acuerdos celebrados entre los Estados que contiene un conjunto de reglas que norman el comercio de bienes y servicios entre los signatarios, incluyendo cláusulas relativas a aranceles, la propiedad intelectual, medio ambiente, derecho laboral, resolución de controversias, uniones aduaneras y zonas de libre comercio, sujetándose a los dispuesto por la Organización Mundial del Comercio (OMC).

3 Arroyo Arzú, Óscar, “Efectos de la globalización económica en el derecho laboral: la necesidad de su flexibilización”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 15, año VIII, 2ª época, Guatemala, UFM, 1998, p. 111.

La base institucional del sistema multilateral de comercio⁴ es la OMC, que también proporciona las principales obligaciones contractuales que determinan la forma en que los gobiernos enmarcan e implementan su legislación y regulaciones internas en materia de comercio. Los Estados parte deben conducir sus relaciones comerciales y económicas con el objetivo de elevar los niveles de vida, lograr pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva, así como acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales –de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente–, e incrementar los medios para hacerlo de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses, según los diferentes niveles de desarrollo económico.⁵

El sistema multilateral de comercio tiene como principios: *a)* el comercio sin discriminación, que se refiere al trato igual para las naciones y para los nacionales y extranjeros; *b)* el acceso predecible y creciente a los mercados, por medio de la reducción de obstáculos; *c)* la promoción de una competencia legal, con políticas arancelarias y *antidumping*; y *d)* la promoción del desarrollo y la reforma económica, con la flexibilidad para los países en desarrollo. Guatemala es miembro de la OMC desde el 21 de julio de 1995.⁶

Menciona Luis Aparicio que:

[...] La Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera que si bien la globalización de la economía puede contribuir al crecimiento económico, sin desarrollo no puede haber progreso social. Todo conduce sin embargo a pensar que no se trata de una condición suficiente para asegurar dicho progreso. El crecimiento, a juicio de la OIT, debe ir acompañado de un mínimo de reglas de funcionamiento

4 El sistema multilateral de comercio (SMC), es un conjunto de normas y procedimientos que surgen de los Acuerdos de la OMC, negociados y firmados por la mayoría de los países que participan en el comercio internacional, el cual regulan. Está formado esencialmente por contratos que obligan a los gobiernos a mantener sus políticas comerciales dentro de límites convenidos. Surgió en 1947 con el establecimiento del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, en inglés) y consolidado con la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1994.

5 Página de la Organización Mundial del Comercio, “Entender la OMC. Lo que propugnamos”, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_stand_for_s.htm.

6 *Idem*.

social, de valores comunes, en virtud de las cuales los propios interesados tienen la posibilidad de reivindicar una participación justa en la distribución de las riquezas que han contribuido a crear. En la actualidad, resulta imposible esquematizar un proceso de integración sin que se tenga en cuenta, además de los factores económicos, el desarrollo de una serie de factores básicos ligados profundamente al desarrollo social; entre los que figura, en primer lugar, el respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos fundamentales del trabajo.⁷

Es decir, que para la internacionalización del mercado y el desarrollo del país, es imperativo tomar en cuenta las normas laborales, su efectividad y equidad, ya que dentro de los temas que se establecen para lograr la satisfacción de los acuerdos comerciales originados en el marco de la OMC, se incluye el debate acerca del *dumping social*, que consiste en la forma desigual de competencia libre, encubierta en los niveles reducidos de salarios, la falta de protección y de condiciones de trabajo mínimas de los trabajadores, que pudiera interpretarse como una forma de abaratamiento y aumento de la competitividad adversa a los derechos humanos básicos.

La relación de los tratados de libre comercio y el derecho laboral es estrecha, no solo desde la perspectiva de las negociaciones de libre comercio y competitividad internacional, sino también desde el desarrollo social, equidad y armonía del país.

III. COMPROMISOS DE GUATEMALA EN RELACIÓN CON EL DERECHO LABORAL A NIVEL INTERNACIONAL

Entre los tratados de libre comercio que Guatemala ha suscrito con contenido laboral se encuentran: *a)* Tratado de Libre Comercio para crear una zona de libre comercio sobre la base de reciprocidad asimétrica, suscrito entre Centroamérica y Estados Unidos de América en mayo del 2004; *b)* Tratado de Libre Comercio celebrado entre Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA) en el 2004; *c)* Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, que entró en vigencia el 1° de julio del 2006 (CAUSA); y *d)* Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos

7 Aparicio Valdez, Luis, "Conferencia magistral: La dimensión social de la integración", *Seminario sobre el trabajo y el empleo en los tratados de libre comercio*, Lima, Perú, 2004, <http://www.comunidadandina.org/Upload/201161185429trabajoyempleo.pdf>.

y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua (TLC Centroamérica-México) que cobró vigencia el 1° de septiembre del 2013.⁸

Es importante resaltar los dos tratados celebrados con Estados Unidos, CAFTA y CAUSA, que son los que contienen mayores compromisos en materia laboral.

En el CAFTA se regula un capítulo laboral (artículo 16), que contiene ocho incisos, en los cuales se establece la obligación de: *a)* respetar y cumplir con la Constitución, la legislación laboral nacional e internacional vigente en cada Estado parte y con los convenios ratificados ante la Organización Internacional del Trabajo (OIT); *b)* no incumplir la normativa laboral para promover el comercio y/o la inversión; y *c)* se crea un mecanismo de solución de controversias propio para el capítulo laboral.

Por su parte, el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, es la incorporación de este último Estado al CAFTA, y contiene en su artículo 16 la ratificación de las obligaciones contraídas en el tratado anterior. Establece cuatro reglas básicas: *a)* la reducción y eliminación de las principales barreras del comercio; *b)* darle certeza y estabilidad a las relaciones, de modo que no puede una de las partes modificar unilateralmente lo pactado; *c)* el “trato nacional”, que obliga a cada país a dar un mismo trato a una mercancía importada que a las nacionales, una vez hayan entrado en el mercado nacional cumpliendo con los requisitos; y *d)* la aplicación “plurilateral”, según la cual las normas de este tratado tendrán aplicabilidad en el comercio centroamericano que se rige en el marco del Tratado General de Integración Económica Centroamericana, de forma que ambos coexisten.

Por incumplimiento del CAFTA, el Estado de Guatemala ha sido llevado a arbitraje,⁹ al Centro Internacional de Arbitraje de Inversión

8 Ministerio de Economía de la República de Guatemala, “Tratados y acuerdos comerciales”, <http://portaldace.mineco.gob.gt/tratados-y-acuerdos-comerciales>.

9 El arbitraje de inversión, según Bezares Marroquín, ha sido equiparado con el arbitraje comercial, que se trata entre particulares, por lo cual la mayoría de árbitros son especialistas en derecho comercial, y estos a su vez, conocen la solución de casos en los tratados internacionales privados que versan en materia comercial. Estos mismos árbitros son los que conocen en los arbitrajes de inversión, en que se deben analizar las legislaciones de los Estados, decisiones

(CIADI), que conforme el capítulo XX es el encargado de resolver las controversias derivadas de su aplicación.

Guatemala ha sido demandada por incumplimiento del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, pero únicamente ha sido condenada por cuestiones comerciales, como el caso de la demanda presentada por la Railroad Development Corporation, quien posee el 82% de las acciones de la sociedad mercantil guatemalteca Compañía Desarrolladora Ferrovías, Sociedad Anónima, con quien el Estado de Guatemala celebró un contrato de usufructo oneroso que en agosto del 2006 fue declarado lesivo (cuando ya estaba vigente el Tratado), y dado que más del 51% de las acciones eran de capital extranjero, se aplicó la solución de controversias contemplada en el TLC. En junio del 2012 el CIADI falló en contra del Estado de Guatemala y lo condenó al pago de doce millones de dólares.¹⁰

El fallo citado va encaminado a la protección de la empresa transnacional. Haciendo una equiparación con otros contratos, como con empresas hidroeléctricas y mineras, es probable que Guatemala pudiera correr la misma suerte, por lo que es importante analizar bien los contratos que se firmen en lo sucesivo. Es, pues, evidente la protección que el sistema multilateral de comercio hace a las transnacionales, quienes defienden sus intereses netamente comerciales. Si bien no se condenó al país por el incumplimiento en materia laboral, sí ejemplifica cómo funciona el sistema.

El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana ha provocado reformas legislativas, administrativas y estructurales en varios ámbitos. Por ejemplo, la emisión del Decreto 11-2006, que contiene reformas a la Ley de Contrataciones del Estado, Ley General de Telecomunicaciones, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Código Penal y Ley de Arbitraje, reformas a las leyes tributarias y la modernización y concentración de los tribunales de trabajo.

de funcionarios estatales y la eventual condena repercutirá en el erario público. Bezares Marroquín, Carlos Manuel, *Demandas que el Estado de Guatemala enfrenta con empresas internacionales. Seguimiento y monitoreo en los tribunales comerciales*, Guatemala, Ceiba, 2011, p. 14, También en versión electrónica: http://biblioteca2012.hegoa.efaber.net/system/ebooks/18743/original/Demandas_que_el_Estado_de_Guatemala_enfrenta_con_empresas_transnacionales.pdf?1325505630.

10 *Loc. cit.*

Precisamente debido al incumplimiento de la normativa laboral en cinco casos, dos de los cuales están relacionados con homicidios de dirigentes sindicales y dos con despidos laborales injustificados, el Estado de Guatemala fue denunciado por Estados Unidos, habiendo llegado en junio del 2012 a un acuerdo amistoso en que Guatemala se comprometió a mejorar la aplicación de las normas laborales.¹¹

Dentro de los compromisos adoptados por Guatemala figuran, según el segundo Informe de Avances del Plan de Ejecución CAFTA y CAUSA DR elaborado por el Ministerio de Economía el 5 de junio del 2012:

- a) La contratación de nuevos inspectores en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.
- b) La discusión tripartita sobre el procedimiento expedito para el juzgamiento de faltas laborales.
- c) La elaboración del Acuerdo Gubernativo 253-2013 que reforma el Reglamento a la Ley de Fomento y Desarrollo de la Actividad Exportadora y de Maquila, emitido el 24 de junio del 2013.
- d) En el sector de la maquila se hizo el compromiso de efectuar inspecciones anuales a las empresas beneficiarias del Decreto número 29-89 del Congreso de la República, para verificar el cumplimiento de la legislación laboral, así como que se garantice el cumplimiento de las leyes laborales en caso de que una maquila cierre sus operaciones.
- e) Suscripción de convenios interinstitucionales entre los ministerios de Gobernación y Trabajo para garantizar el acompañamiento de la fuerza pública para los inspectores de trabajo.
- f) Creación de la Unidad de Ejecución y Verificación de Reinstalaciones y diligencias especiales en materia laboral con intervención judicial para vigilar que se cumplan las reinstalaciones de trabajadores ilegalmente despedidos.
- g) Capacitación para magistrados y jueces en materia laboral.

11 Centralamericadata.com, "Arbitraje internacional en Guatemala", http://www.centralamericadata.com/es/search?q1=content_es_le:%22arbitraje+internacional%22&q2=mattersInCountry_es_le:%22Guatemala%22.

- h) Creación de más juzgados y centralización y juzgados de trabajo en un solo edificio, lo que perfecciona el servicio y atención al público.
- i) También el Ministerio de Economía se comprometió a publicar un acuerdo para reducir el proceso de revocatoria de los beneficios fiscales de aquellas empresas que violen las leyes laborales, a un plazo de cinco días posteriores a recibir la notificación de un juez laboral.¹²

Además de la Constitución y la legislación ordinaria en materia laboral, Guatemala tiene la obligación de cumplir con los sesenta y ocho convenios que ha ratificado –y continúa ratificando– con la OIT, incluidos los convenios fundamentales y principales. Todos van encaminados a mejorar las condiciones de trabajo y de seguridad social.¹³ Por su parte, Estados Unidos ha ratificado catorce convenios de la OIT: los fundamentales y los relativos al trabajo marítimo, de lo que se advierte que el compromiso adquirido por Guatemala ante la OIT es mayor, y si bien estos compromisos no tenían mayor fuerza ejecutiva, actualmente los tratados de libre comercio sí se la han dado, pudiendo ser denunciados y sancionados por su incumplimiento.

IV. NECESIDAD DE REFORMAR O ELABORAR UN NUEVO CÓDIGO DE TRABAJO

Si bien los convenios internacionales son de obligatorio cumplimiento y se han vuelto coercitivos para Guatemala a través de los tratados de libre comercio, esta vía no es la indicada para lograr su ejecución, ya que para los tratados, las normas laborales son simples instrumentos que se utilizan para proteger los intereses comerciales de las empresas transnacionales; condicionan los derechos sociales a los principios mercantiles y de mercado y su fin no es la protección ni el desarrollo de la persona humana o la seguridad humana, sino las utilidades y la seguridad económica.

Si bien los jueces laborales son los que más aplican los convenios ratificados por Guatemala, las partes los invocan poco, y aún

12 Ministerio de Economía, *op. cit.*, nota 8.

13 Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG), “Convenios de la OIT ratificados por Guatemala”, http://www.movimientosicg.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=115:convenios-de-la-oit-ratificados-por-guatemala.

hay desconocimiento de estos, faltando mucho para cumplir con ellos a cabalidad. El derecho laboral guatemalteco es garantista; sin embargo, no del todo efectivo, pues existen prácticas que lo eluden. Lo anterior hace necesaria una reforma en las leyes labores o la elaboración de un nuevo Código de Trabajo que sea consensuado y en cuyo contenido participen representantes, debidamente legitimados, de todos los sectores del país.

Todo lo anteriormente expuesto es importante para evitar denuncias sindicales y de empresas transnacionales, que exponen al Estado de Guatemala a sanciones de hasta US\$15 millones, así como restricciones a las exportaciones y a arbitrajes, que también deteriorarían la imagen de los productos del país, así como lograr un sistema armónico entre patronos y trabajadores.

V. CONCLUSIONES

1. Los tratados de libre comercio son los instrumentos jurídicos principales del proceso de globalización y algunos contienen compromisos en materia laboral.
2. Para la internacionalización del mercado y el desarrollo del país, es imperativo tomar en cuenta las normas laborales, su efectividad y equidad, ya que dentro de los temas que se establecen para lograr la satisfacción de los acuerdos comerciales originados en el marco de la OMC, se ha incluido el debate acerca del *dumping social*, que consiste en la forma desigual de competencia libre, encubierta en los niveles reducidos de salarios, la falta de protección y de condiciones de trabajo mínimas de los trabajadores, que pudiera interpretarse como una forma de abaratamiento y aumento de la competitividad adversa a los derechos humanos básicos.
3. Guatemala tiene que cumplir con sesenta y ocho convenios de la OIT, los cuales se hacen efectivos a través de los Tratados de Libre Comercio que suscribió, en especial en el CAFTA, no siendo la vía adecuada, por lo que se hace necesaria una reforma al Código de Trabajo.
4. Es evidente la protección que el sistema multilateral de comercio hace a las transnacionales, quienes defienden sus intereses netamente comerciales, por lo que es importante que Guatemala

- analice bien los contratos que firma, para que estos vayan enfocados a lograr los objetivos que se tienen como nación, ya que su incumplimiento le resulta oneroso.
5. Si bien, los convenios internacionales son de obligatorio cumplimiento y se han vuelto coercitivos para Guatemala a través de los tratados de libre comercio, esta vía no es la indicada para lograr su ejecución, ya que para los tratados, las normas laborales son simples instrumentos que se utilizan para proteger los intereses comerciales de las empresas transnacionales.
 6. Aún hace falta mucho por cumplir, siendo necesario reformar o formular un nuevo Código de Trabajo, consensuado por todos los sectores del país, tendiente a lograr un equilibrio entre capital y trabajo, y buscar la seguridad humana.
 7. Las fortalezas de Guatemala en este tema son pocas, al suscribir contratos sin negociar mejores condiciones, por lo que se hace necesario ir estableciendo políticas encaminadas a realizar un proyecto de nación, el desarrollo sostenible de todos y la seguridad humana.

VI. REFERENCIAS

- APARICIO VALDEZ, Luis, "Conferencia magistral: La dimensión social de la integración", *Seminario sobre el trabajo y el empleo en los tratados de libre comercio*, Lima, Perú, 2004, <http://www.comunidadandina.org/Upload/201161185429trabajoyempleo.pdf>.
- ARROYO ARZÚ, Óscar, "Efectos de la globalización económica en el derecho laboral: la necesidad de su flexibilización", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 15, año VIII, 2ª época, Guatemala, UFM, 1998.
- BEZARES MARROQUÍN, Carlos Manuel, *Demandas que el Estado de Guatemala enfrenta con Empresas Internacionales, Seguimiento y monitoreo en los Tribunales Comerciales*, Guatemala, Ceiba, 2011.
- CENTRALAMERICANDATA.COM, "Arbitraje internacional en Guatemala", http://www.centralamericadata.com/es/search?q1=content_es_le:%22arbitraje+internacional%22&q2=mattersInCountry_es_le:%22Guatemala%22.

MINISTERIO DE ECONOMÍA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, “Tratados y acuerdos comerciales”, <http://portaldace.mineco.gob.gt/tratados-y-acuerdos-comerciales>.

MOVIMIENTO SINDICAL, INDÍGENA Y CAMPESINO GUATEMALECO (MSICG), “Convenios de la OIT ratificados por Guatemala”, http://www.movimientoticg.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=115:convenios-de-la-oit-ratificados-por-guatemala.

PÁGINA DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, “Entender la OMC. Lo que propugnamos”, http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_stand_for_s.htm.

TRATADO DE LIBRE COMERCIO CELEBRADO ENTRE CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS (CAFTA).

TRATADO DE LIBRE COMERCIO SUSCRITO ENTRE ESTADOS UNIDOS, CENTROAMÉRICA Y REPÚBLICA DOMINICANA, que entró en vigencia el uno de julio del 2006 (CAUSA).

VALENZUELA HERRERA, Augusto, “El capítulo laboral del CAFTA”, <http://augustovalenzuela.com/node/13>.

VII. ANEXOS

A. Convenios de la OIT ratificados por el Estado de Guatemala

- 1) **Convenio 1:** Sobre las horas de trabajo (industria).
- 2) **Convenio 11:** Sobre derecho de asociación (agricultura).
- 3) **Convenio 13:** Sobre la utilización de la cerusa.
- 4) **Convenio 14:** Sobre el descanso semanal (industria).
- 5) **Convenio 16:** Sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo).
- 6) **Convenio 19:** Sobre la igualdad de trato (accidentes del trabajo).
- 7) **Convenio 26:** Sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos.
- 8) **Convenio 29:** Sobre el trabajo forzoso.
- 9) **Convenio 30:** Sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas).
- 10) **Convenio 45:** Sobre el trabajo subterráneo (mujeres).
- 11) **Convenio 50:** Sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas.
- 12) **Convenio 58:** Sobre la edad mínima (trabajo marítimo).

- 13) **Convenio 59:** Sobre la edad mínima (industria).
- 14) **Convenio 64:** Sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas).
- 15) **Convenio 65:** Sobre las sanciones penales (trabajadores indígenas).
- 16) **Convenio 77:** Sobre el examen médico de los menores (industria).
- 17) **Convenio 78:** Sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales).
- 18) **Convenio 79:** Sobre el trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales).
- 19) **Convenio 80:** Sobre la revisión de los artículos finales.
- 20) **Convenio 81:** Sobre la inspección del trabajo.
- 21) **Convenio 86:** Sobre los contratos de trabajo (trabajadores indígenas).
- 22) **Convenio 87:** Sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.
- 23) **Convenio 88:** Sobre el servicio del empleo.
- 24) **Convenio 90:** Sobre el trabajo nocturno de los menores (industria).
- 25) **Convenio 94:** Sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas).
- 26) **Convenio 95:** Sobre la protección del salario.
- 27) **Convenio 96:** Sobre las agencias retribuidas de colocación.
- 28) **Convenio 97:** Sobre los trabajadores migrantes.
- 29) **Convenio 98:** Sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.
- 30) **Convenio 99:** Sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos (agricultura).
- 31) **Convenio 100:** Sobre igualdad de remuneración.
- 32) **Convenio 101:** Sobre las vacaciones pagadas (agricultura).
- 33) **Convenio 103:** Sobre la protección de la maternidad.
- 34) **Convenio 104:** Sobre la abolición de las sanciones penales (trabajadores indígenas).
- 35) **Convenio 105:** Sobre la abolición del trabajo forzoso.
- 36) **Convenio 106:** Sobre el descanso semanal (comercio y oficinas).
- 37) **Convenio 108:** Sobre los documentos de identidad de la gente de mar.
- 38) **Convenio 109:** Sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación.
- 39) **Convenio 110:** Sobre las plantaciones.
- 40) **Convenio 111:** Sobre la discriminación (empleo y ocupación).

- 41) **Convenio 112:** Sobre la edad mínima (pescadores).
- 42) **Convenio 113:** Sobre el examen médico de los pescadores.
- 43) **Convenio 114:** Sobre el contrato de enrolamiento de los pescadores.
- 44) **Convenio 116:** Sobre la revisión de los artículos finales.
- 45) **Convenio 117:** Sobre política social (normas y objetivos básicos).
- 46) **Convenio 118:** Sobre la igualdad de trato (seguridad social).
- 47) **Convenio 119:** Sobre la protección de la maquinaria.
- 48) **Convenio 120:** Sobre la higiene (comercio y oficinas).
- 49) **Convenio 122:** Sobre la política del empleo.
- 50) **Convenio 124:** Sobre el examen médico de los menores (trabajo subterráneo).
- 51) **Convenio 127:** Sobre el peso máximo.
- 52) **Convenio 129:** Sobre la inspección del trabajo (agricultura).
- 53) **Convenio 131:** Sobre la fijación de salarios mínimos.
- 54) **Convenio 138:** Sobre la edad mínima.
- 55) **Convenio 141:** Sobre las organizaciones de trabajadores rurales.
- 56) **Convenio 144:** Sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo).
- 57) **Convenio 148:** Sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones).
- 58) **Convenio 149:** Sobre el personal de enfermería.
- 59) **Convenio 154:** Sobre la negociación colectiva.
- 60) **Convenio 156:** Sobre los trabajadores con responsabilidades familiares.
- 61) **Convenio 159:** Sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas).
- 62) **Convenio 160:** Sobre estadísticas del trabajo.
- 63) **Convenio 161:** Sobre los servicios de salud en el trabajo.
- 64) **Convenio 162:** Sobre el asbesto.
- 65) **Convenio 163:** Sobre el bienestar de la gente de mar.
- 66) **Convenio 167:** Sobre seguridad y salud en la construcción.
- 67) **Convenio 169:** Sobre pueblos indígenas y tribales.
- 68) **Convenio 182.** Sobre las peores formas de trabajo infantil.*

* Fuente: Movimiento Sindical, Indígena y Campesino Guatemalteco (MSICG), *op. cit.*, nota 13.

B. Convenios OIT ratificados por los Estados Unidos de América

- 1) **Convenio 105:** Sobre la abolición del trabajo forzoso.
- 2) **Convenio 182:** Sobre las peores formas de trabajo infantil.
- 3) **Convenio 144:** Sobre la consulta tripartita.
- 4) **Convenio 53:** Sobre certificados de capacidad de los oficiales.
- 5) **Convenio 54:** Sobre las vacaciones pagadas de la gente de mar.
- 6) **Convenio 55:** Sobre las obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidentes de la gente de mar.
- 7) **Convenio 57:** Sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación.
- 8) **Convenio 58:** Sobre la edad mínima.
- 9) **Convenio 74:** Sobre el certificado de marinero preferente.
- 10) **Convenio 80:** Sobre la revisión de los artículos finales.
- 11) **Convenio 147:** Sobre la marina mercante.
- 12) **Convenio 150:** Sobre la administración del trabajo.
- 13) **Convenio 176:** Sobre seguridad y salud de las minas.

C. Contenido laboral en el CAFTA*

Artículos	Breve resumen de contenido
<p>Artículo 16.1: Declaración de Compromisos Compartidos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento de obligaciones frente a la OIT. • Legislación deberá reconocer y proteger derechos y obligaciones. • Soberanía de cada país en establecimiento y cumplimiento de legislación.
<p>Artículo 16.2: Aplicación de la Legislación Laboral</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cada país no dejará de aplicar su legislación por razones comerciales. • Cada país no debilitará su legislación y no reducirá su adhesión a compromisos laborales internacionales por razones comerciales o de inversión. • Ninguna parte tiene la facultad para procurar hacer actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral de la otra parte.

Continúa...

* Valenzuela Herrera, Augusto, "El capítulo laboral del CAFTA", <http://augustovalenzuela.com/node/13>.

Artículos	Breve resumen de contenido
<p>Artículo 16.3: Garantías Procesales e Información Pública</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Cada país garantizará pleno acceso a los tribunales. • Cada país garantizará procedimientos judiciales justos, equitativos y transparentes, y el derecho a apelación. • Cada país garantizará transparencia de procesos y resultados. • Cada país promoverá el conocimiento de su legislación laboral.
<p>Artículo 16.4: Estructura Institucional</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Se establece un Consejo de Asuntos Laborales con participación ministerial. • El Consejo supervisará la implementación y revisará el avance del acuerdo laboral. Se reunirá con el público para tales fines. • Se designará un punto focal en el Ministerio de Trabajo correspondiente para los trabajos del Consejo, incluyendo contacto con el público. • Las decisiones serán por consenso, y se harán públicas.
<p>Artículo 16.5: Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Reconoce la importancia de la cooperación para mejorar normas laborales y cumplimiento de compromisos internacionales. • Cooperación será consistente con planes nacionales y generará oportunidades para la participación pública. • El Consejo de Asuntos Laborales decidirá las actividades del mecanismo.
<p>Artículo 16.6: Consultas Laborales Cooperativas</p>	<p>Consultas Laborales Cooperativas: es el mecanismo para conocer y resolver asuntos levantados por otra parte.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si las consultas no resuelven, se recurre al Consejo y a consultas. • Ningún país podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias sin agotar los procedimientos del capítulo laboral. • Si las partes lo acuerdan, algunos asuntos podrían ser resueltos en el marco de otros acuerdos.

Artículo 16.7: Lista de Árbitros Laborales		
Artículo 16.8: Definiciones		
Anexo 16.5. Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de Capacidades	Prioridades <ul style="list-style-type: none"> • Derechos fundamentales. • Peores formas de trabajo infantil. • Administración laboral. • Inspección laboral. • Resolución alterna de conflictos. • Relaciones laborales. • Condiciones de trabajo. • Trabajadores migrantes. • Programas de asistencia social. • Estadísticas laborales. • Oportunidades de empleo. • Género. • Asuntos técnicos. 	Actividades <ul style="list-style-type: none"> • Programas de asistencia técnica. • Intercambio de delegaciones oficiales. • Intercambio de información. • Conferencias conjuntas. • Proyectos y presentaciones en conjunto. • Proyectos de investigación.

Cobertura de la salud en Guatemala: necesidad de una reforma*

Mgtr. Saramaria Estrada Artola**

Sumario: I. Derecho a la salud. II. Cobertura del sistema de salud en Guatemala. III. Algunos pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad sobre el derecho a la salud. IV. Reformar el sistema de salud en Guatemala. V. Referencias.

I. DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud es un derecho humano e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel de salud posible que le permita vivir dignamente. Este derecho está vinculado estrechamente con otros derechos humanos, como el de alimentación, vivienda, trabajo, educación, dignidad humana, vida, no discriminación, igualdad y no ser sometido a torturas, entre otros.

* Artículo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: "Reflexiones para la transformación de la sociedad".

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Posgrado en Apelación Especial y Casación Penal por la Universidad San Pablo de Guatemala. Máster universitario iberoamericano de Estudios Jurídicos, área de investigación: Derecho Penal Económico, por la Universidad de Navarra. Estudios de maestría en Derecho Penal por la Universidad de San Carlos de Guatemala (pendiente de examen de tesis). Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar (mención *Cum Laude*). Actualmente se desempeña como asesora jurídica encargada del área de litigios del Grupo Financiero Agromercantil; además, es autora de varias publicaciones jurídicas.

El derecho a la salud ha sido ampliamente reconocido en instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su párrafo 1) del artículo 25 que establece: *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”*.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño también dispone en su artículo 24 que *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”*. También ha sido contemplado el derecho a la salud en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece en su artículo 12: *“el derecho al más alto nivel de salud física y mental”*.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados partes, emitió la Observación General número 14 en el vigésimo segundo período de sesiones que se llevaron a cabo en el 2000, en la que se establecieron los elementos esenciales e interrelacionados para el disfrute de este *“derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”* contenido en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales antes relacionado, mismos que se expondrán a continuación.

El primero es la *disponibilidad*, que consiste en contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud y esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud –OMS–.

El segundo es la *accesibilidad* de los establecimientos, bienes y servicios de salud; deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

- a) No discriminación a los sectores más vulnerables y marginados de la población.
- b) Accesibilidad física, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables o marginados. La accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.
- c) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.
- d) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

El tercer elemento esencial es la *aceptabilidad*, que se refiere a que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

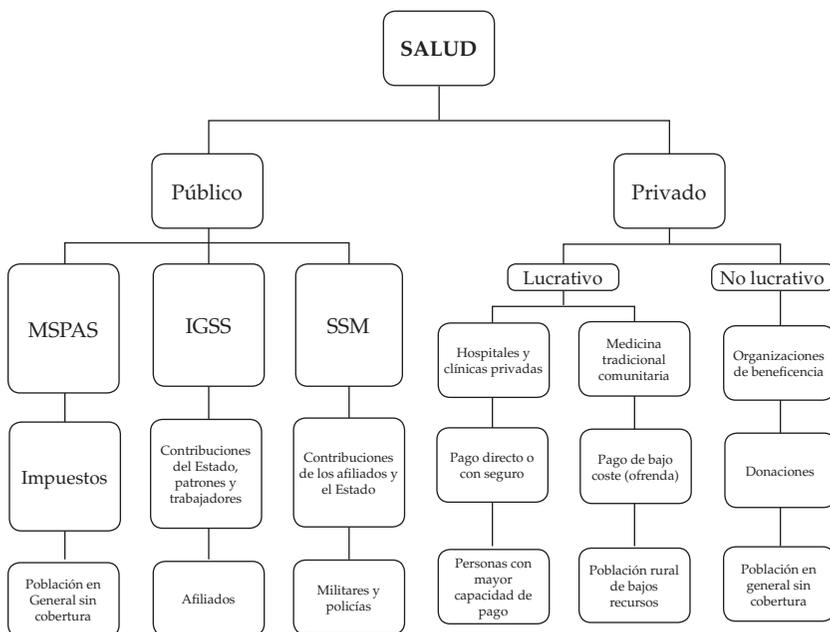
El cuarto elemento esencial es la *calidad*, que se refiere a hacer aceptable desde el punto de vista cultural; los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo

hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

Finalmente, el derecho a la salud en Guatemala es un derecho fundamental de todo ser humano, sin discriminación alguna, como lo establecen los artículos 93 al 96 de la Constitución Política de la República, imponiendo la obligación al Estado de velar por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social, calificando el derecho a la salud de los habitantes de la Nación como un bien público, razón por la que todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.

II. COBERTURA DEL SISTEMA DE SALUD EN GUATEMALA

En Guatemala el servicio de salud se presta tanto por el sector público como por el privado, como se ilustra en el siguiente organigrama:



En el sector público hay tres entidades que prestan el servicio de salud: *a)* el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS); *b)* el Servicio de Sanidad Militar (SSM); y *c)* el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS). En el sector privado se distinguen dos servicios: el lucrativo y el no lucrativo. Ambos sectores se analizarán a continuación.

A. Sector público

1. *Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS)*

A nivel nacional, el principal proveedor de bienes y servicios de atención de salud es el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en virtud de que presta alrededor del 75% de la atención sanitaria a la población. El MSPAS tiene a su cargo, de conformidad con el artículo 9 inciso a) del Código de Salud, ser “*La rectoría del Sector Salud, entendida como la conducción, regulación, vigilancia, coordinación y evaluación de las acciones e instituciones de salud a nivel nacional*”, función que desempeña a través de hospitales, centros de salud y puestos de salud. Su financiamiento se efectúa a través de los impuestos. En 2013 el Presupuesto General de la Nación fue de Q.66,800,000.000 de los cuales solo Q.5,111,000.60 fueron asignados al sector salud, que corresponde al 7.65% del presupuesto general.¹ El Ministerio cuenta con cuarenta y cinco hospitales, trescientos cuarenta y seis centros de salud permanentes y 1101 puestos de salud de fin de semana o con unidades mínimas.²

2. *Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS)*

El segundo prestador de servicios de salud del sector público es el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, entidad descentralizada y autónoma de conformidad con el artículo 100 de la Constitución Política de la República de Guatemala; se agencia de recursos a través de aportaciones obligatorias que hacen el Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen. En 2013,

1 Según el Presupuesto General de la Nación contenido en el Decreto 30-2012 del Congreso de la República de Guatemala.

2 Según información obtenida en: Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, *Informe Nacional de Salud*, Guatemala, MSPAS, marzo 2012.

según el Presupuesto General de la Nación, el aporte del Estado fue de Q.652,100,000.00.³

En cuanto a los beneficiados por el IGSS, en 2012 el Instituto dio cobertura a 2,843,467 personas, dentro de las que se incluyen los afiliados, pensionados y jubilados, así como las clases pasivas del Estado.⁴ Considerando que el último censo realizado por el Instituto Nacional de Estadística (INE) computaba un total de 14,713,763 personas, consecuentemente la atención brindada por el IGSS corresponde únicamente al 19% de la población. Esto se debe a que en Guatemala, del total de trabajadores, el 74.59% labora en el sector informal y solamente el 25.5% trabaja en el sector formal, de los cuales, según el *Estudio de opinión pública sobre trabajo decente y economía informal* publicado en 2012 por ASIES,⁵ los asalariados afiliados al seguro social que poseen contrato de trabajo corresponden al 80% y de los que trabajan sin contrato solo el 22% está afiliado.

El IGSS cuenta con una red de servicios de veintidós hospitales, una policlínica, tres centros de atención integral, treinta y seis consultorios, once puestos de salud, dos unidades asistenciales, dos salas anexo y cuarenta y ocho unidades integrales de adscripción. Para maternidad solo tiene cobertura en diecinueve de los veintidós departamentos de Guatemala.

3. *Servicio de Sanidad Militar (SSM)*

Finalmente, el tercer prestador de servicio de salud en el sector público es el Servicio de Sanidad Militar, que cubre a los miembros de las fuerzas armadas y la Policía Nacional Civil, incluyendo a sus familias, que corresponde al 0.5% de la población. Este se financia a través de contribuciones de sus afiliados y del presupuesto del Estado.

3 Según el Acuerdo número 1296 del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de fecha 26 de febrero de 2013.

4 Según el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, *Resumen del Informe Anual de Labores 2012*, Guatemala, IGSS, 2013.

5 Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), *Estudio de opinión pública sobre trabajo decente y economía informal*, Guatemala, ASIES, 2012, pp. 11-23.

B. Sector privado

1. *Lucrativo*

El sistema privado, como se indicó anteriormente, se subdivide en dos ámbitos: lucrativo y no lucrativo. El lucrativo está constituido por los establecimientos de salud privados; el 86% de sus fondos provienen del ingreso familiar y el 14% restante, de la contratación de seguros privados. La población que se encuentra en este rubro es la que tiene mayor capacidad de pago.⁶ Según el Departamento de Regulación y Acreditación de los Establecimientos de Salud (DRACES), que pertenece al MSPAS, en 2011 había 6,963 establecimientos de salud privados. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 1998 fueron atendidos 135,689 pacientes en servicios internos de los centros hospitalarios privados, lo que representa menos del 1% de la población.⁷

Hay que considerar como parte de la cobertura de salud del sector privado lucrativo, al “sistema de medicina tradicional comunitaria”, aunque comúnmente no sea tomado en cuenta, pues los servicios prestados por los chamanes, curanderos, ancianos y comadronas que se apoyan en productos animales o minerales, solucionan problemas de salud de la población, sobre todo la indígena.

2. *No lucrativo*

La segunda subdivisión del sector privado corresponde a los servicios de salud no lucrativos, que están compuestos principalmente por el sector llamado “de beneficencia” u organizaciones no gubernamentales (ONG), de las cuales el 55% se encuentra en el área rural del país.

Después de haber repasado la situación de cobertura que tiene Guatemala, a continuación se presentan algunos casos que fueron seleccionados de la Gaceta de la Corte de Constitucionalidad, que contienen reclamaciones de violación al derecho a la salud, principalmente a través de acciones de amparo, mismos que ponen en evidencia la problemática que afronta el sistema de salud nacional por falta de recursos o insuficiente cobertura.

6 Becerril-Montekio, Víctor y López-Dávila, Luis, “Sistema de salud de Guatemala”, *Salud Pública de México*, vol. 53, suplemento 2 de 2011, p. 200.

7 Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE).

III. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

A. Expediente 3501-2011

Para iniciar, se hará referencia al amparo promovido por el procurador de los Derechos Humanos identificado con el número de expediente 3501-2011, que se fundaba en la siguiente reclamación:

[...] no dotar a todo el sector salud que incluye a los Hospitales Nacionales San Juan de Dios y Roosevelt, de personal médico y paramédico, medicamento en la cantidad y calidad necesarias y equipo básico, a efecto de que no exista interrupción del tratamiento y medicamento de los pacientes que acuden a dichos centros asistenciales, así como de los recursos económicos para cumplir su función.

Esta acción fue resuelta por la Corte de Constitucionalidad el 24 de julio de 2012, que en su parte conducente consideró:

Si bien, tanto las autoridades refutadas como el Ministro de Finanzas Públicas manifiestan que han prestado los servicios de salud a la población que acude a los hospitales nacionales, cumpliendo cada uno con sus atribuciones, la realidad es que este servicio no se cumple en niveles razonablemente aceptables [...] la observancia mínima, mediana o plena del derecho a la salud, en su realización, no puede devenir sólo de una resolución jurisdiccional que declare la existencia de violaciones a los derechos, sino que es necesario que en este país se manejen conceptos como: participación, responsabilidad, no discriminación y capacitación, haciéndose necesario agotar vías como aquellas de que dispone el propio Procurador de los Derechos Humanos en sus recomendaciones dadas al Ministro denunciado en los expedientes antes mencionados, así como actos del legislador que den preeminencia a la precariedad en la observancia de este derecho, entre otros [...] El derecho a la salud ha sido violado en la forma denunciada por el Procurador de los Derechos Humanos, especialmente por no adoptarse medidas administrativas efectivas que permitan al Estado de Guatemala dar cumplimiento, tanto a la luz de la legislación internacional invocada, como de la regulación constitucional que sirve de apoyo al presente fallo, cumplir con garantizar a la población el derecho a la salud; en consecuencia, es meritorio otorgar el amparo promovido, con los alcances necesarios para que el Presidente de la República, juntamente con el Ministro de Salud Pública y Asistencia Social, velen debidamente, en cumplimiento de sus funciones, porque se observen en los hospitales públicos, con estándares apropiados para atender a las personas

que así lo requieran, tanto en el ámbito de la medicina a suministrar, como en el de disponibilidad de personal debidamente capacitado y apto, así como todas las condiciones de higiene necesarias y propias para las funciones que cumplen. En igual sentido se pronunció esta Corte en sentencia de diecisiete de agosto de dos mil diez, dentro del expediente dos mil seiscientos cuarenta y tres - dos mil ocho (2643-2008).

En virtud de lo anterior, fue declarada con lugar la acción de amparo presentada por el procurador de los Derechos Humanos.

B. Expediente 3091-2010

Otro caso es el amparo identificado con el número de expediente 3091-2010, que promovió un afiliado del Seguro Social, quien reclamó que no le estaban suministrando el medicamento que era idóneo para tratar la enfermedad que padecía porque no estaba en el listado de medicamentos del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, sentencia en que la Corte de Constitucionalidad estimó:

*Cabe señalar que en el ámbito de aplicación del derecho a la salud este no sólo conlleva la posibilidad real de que la persona humana reciba atención médica oportuna y eficaz, en aplicación de lo establecido en los artículos 93 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y XI de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, sino que como lo ha considerado este Tribunal, [la salud] conlleva «...un equilibrio biológico y social que constituya un estado de bienestar en relación con el medio que lo rodea; implica el poder tener acceso a los servicios que permitan el mantenimiento o la restitución del bienestar físico, mental y social». (Sentencia de doce de mayo de mil novecientos noventa y tres, expedientes acumulados trescientos cincuenta y cinco guión noventa y dos y trescientos cincuenta y nueve guión noventa y dos (355-92 y 359-92). Y en lo que respecta a la asistencia médica, la cobertura previsional que brinda el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social conlleva un cuidado integral, en el que deben entenderse incluidos, la evaluación, observación, consulta y hospitalización de los pacientes, según sea necesario; asimismo, debe velarse por que les sea brindado un tratamiento médico apropiado (**incluyendo el suministro de las medicinas idóneas para cada caso**) y los demás servicios médicos tendientes a preservar la salud y la vida de dichas personas, con la celeridad que estos casos ameritan y según las circunstancias propias de cada una. (Sentencia de uno de febrero de dos mil once, expediente tres mil doscientos noventa y uno guión dos mil diez (3291-2010).*

En virtud de ello, este amparo fue declarado con lugar. Acciones como estas son frecuentes en la Corte de Constitucionalidad. Sin embargo, la misma Corte ha instado a que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social evalúe cada caso en particular y determine cuál es la medicina idónea que debe ser suministrada.

C. Expediente 2648-2010

Otra acción de amparo es la identificada con el número 2648-2010, que fue promovida por un afiliado del Seguro Social, quien reclamó que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social le suspendió su tratamiento médico porque había cumplido con el límite de cincuenta y dos (52) semanas de atención médica a las que todo afiliado tiene derecho por suspensión, de conformidad con el Reglamento sobre Protección Relativa a Enfermedad y Maternidad. La Corte de Constitucionalidad, al dictar sentencia de fecha veintitrés de febrero de 2011, emitió entre otras, las siguientes consideraciones:

Con el objeto de positivar el derecho a la salud y la obligación que el Estado tiene de proteger a la persona y garantizarle su vida y desarrollo integral de acuerdo con los artículos 1, 2 y 93 del texto supremo, la Constitución Política de la República contiene en su artículo 94 una obligación del Estado de velar por la salud y asistencia social de todos los habitantes, desarrollando por medio de sus instituciones –dentro de las que se encuentra el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social–, acciones de prevención, recuperación y rehabilitación de enfermedades, a fin de procurar a los habitantes del país, el más completo bienestar físico, mental y social. [...] Esta obligación, el Estado la desarrolla, para los trabajadores del sector público y privado, por medio del régimen de Seguridad Social establecido en el artículo 100 de la ley matriz, el cual tiene como uno de sus fines fundamentales la prestación de los servicios médico hospitalarios conducentes a conservar o restablecer la salud de sus afiliados y beneficiarios, desde el momento del diagnóstico de la enfermedad hasta el desarrollo del tratamiento que éstos requieran para su restablecimiento. Por ello, resulta innegable e incuestionable la importante función social que ejerce el régimen de Seguridad Social para preservar o mantener los niveles de salud de la población con el propósito de resguardar la salud y la seguridad de las personas, así como hacer efectivo y garantizar el goce del derecho a la vida, derechos que no pueden hacerse nugatorios con base en decisiones administrativas sustentadas en inadecuada fundamentación jurídica, ya que ello constituiría una violación a esos derechos humanos. [...] Una correcta interpretación para el caso de Carlos Humberto Montenegro Polanco, en función de lo que prevé la Ley Orgánica de dicho Instituto, permite advertir

a este Tribunal que a la persona relacionada le asiste el derecho a recibir el tratamiento médico; primero, porque es afiliado al régimen de Seguridad Social; y en segundo lugar, porque no puede permanecer sin la cobertura y atención a su salud, pues de lo contrario se pone en riesgo su vida. Por lo que toda negativa resultaría infundada y agravante a los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física y a la seguridad social de aquél, los que encuentran sustento en lo preceptuado en los artículos 93, 94 y 100 de la Constitución Política de la República.

Debido a lo anterior, otorgó la protección constitucional al afiliado y ordenó que continuaran brindando el tratamiento que fuera necesario.

D. Expediente 1896-2012

Finalmente, se cita la acción de amparo identificada con número de expediente 1896-2012 promovida por el procurador de los Derechos Humanos en representación de un menor de edad que sufría de VIH, quien desde hace varios años recibía tratamiento en el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, por lo cual había extendido la cobertura del plazo ordinario (de 0 a 7 años) hasta los 15 años de edad. Sin embargo, a su cumplimiento por disposición legal ya no se le continuaría prestando el tratamiento médico.

*El conflicto que se trajo a la jurisdicción constitucional inicia con la decisión del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de **no seguir prestando atención médica a un menor de edad** (quince años al tiempo en que se promovió el amparo) con enfermedad congénita. El fundamento legal de su decisión, la hace descansar en el artículo 128 del Acuerdo 456 del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, según el cual, la cobertura de beneficiarios de otros afiliados, **para el caso de enfermedades congénitas, no puede exceder de los quince años de edad**, los cuales ya cumplió el paciente en este caso. Aduce también el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social que estas normativas, que establecen límites, están dadas con el fin de no rebasar la capacidad financiera de la Institución.*

*En efecto, en varios fallos que abordan materia de seguridad social, derechos a la salud y a la vida, esta Corte ha sostenido (en casos muy particulares) la **prevalencia de la tutela de éstos frente a la normativa ordinaria o reglamentaria del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social** que establecen requisitos, alcances y límites del acceso a la seguridad social y a los tratamientos médicos que otorga el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Para el efecto, se hace referencia de los siguientes fallos: sentencias de*

fechas dos de diciembre de dos mil diez, dieciocho de enero y seis de agosto ambas de dos mil once dentro de los expedientes mil seiscientos cincuenta y uno – dos mil diez, mil ochocientos setenta y seis – dos mil once y setecientos treinta y nueve – dos mil once (1651-2010, 1876-2011 y 739-2011).

Por lo relacionado, se otorgó la protección constitucional solicitada y consecuentemente se le siguió brindando cobertura médica al menor para preservar su vida.

IV. REFORMAR EL SISTEMA DE SALUD EN GUATEMALA

Teniendo claro que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que le asiste a toda persona sin discriminación, así como estando conscientes de la cobertura que tienen los guatemaltecos, de la que se deduce que tanto del sector público y privado solo el 25% de la población está cubierto por algún sistema particular y que el restante 75% de la población depende del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y de las organizaciones no gubernamentales o entidades de beneficencia para tener atención médica, así como de las constantes reclamaciones ante la Corte de Constitucionalidad por la violación del derecho a la salud, resulta evidente que en la forma en que es prestado el servicio de salud no es eficiente.

Este punto fue constatado por el relator especial de las Naciones Unidas, Anand Grover,⁸ quien en 2010 analizó el sector salud de Guatemala, habiendo determinado que no se cumplen los elementos esenciales debido a la poca inversión pública, lo que ocasiona que haya carencia de recursos y que los centros de atención de salud estén concentrados principalmente en zonas urbanas. Esto ha sido reconocido por el Ministerio de Salud al indicar que *“Guatemala como país tiene una cobertura del 57.37% con áreas de salud, situación que mantiene a la institución alejada de la prestación universal de los servicios de salud”*.⁹

Hay poca accesibilidad debido a la discriminación de los sectores más vulnerables, por la ubicación de los establecimientos que dan servicio de salud, poca información de salubridad y porque los

8 Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, *Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*, 17° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, (tema 3 de la agenda), 2010.

9 Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, *op. cit.*, nota 2.

establecimientos, bienes y servicios no son de buena calidad. Finalmente se indica en este informe que la atención sanitaria es curativa y sobre todo física, ya que la salud mental está prácticamente abandonada debido a que solo existe un hospital nacional que se dedica a la atención sanitaria mental.

Debido a lo anterior, Guatemala no puede seguir por inercia caminando en la misma dirección, que no parece ser la acertada en el tema de salud, ya que es notorio que las coberturas son dispares y que fácticamente están limitando el acceso al derecho fundamental de la salud de la mayor parte de guatemaltecos. Por ello, dado el espíritu progresivo que contempla la Constitución al referirse al Seguro Social, se plantea como primera posibilidad la de incorporar al 74.59% de trabajadores en el sector informal que actualmente no están cubiertos por el seguro social, porque no reúnen los requisitos (tener un patrono registrado o registrable), de modo que se propone que todos los trabajadores que deseen puedan de forma individual afiliarse a la seguridad social, haciendo cotizaciones que deberán ser determinadas cuidando el tema de capacidad de pago.

Actualmente, según lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley Orgánica del IGSS, solo puede afiliarse voluntariamente una persona o grupo de personas que no están obligadas en determinado momento a someterse al régimen de seguridad social, *“mientras éste no incluya a toda la población del país”*, excepción que solo es atendida en casos de patronos que deseen afiliar a un número de empleados menor del que exige la ley, siempre que él también se inscriba como patrono, quedando en manos del gerente general la decisión de permitir su afiliación o no.

Esta opción mitiga el problema del acceso a la salud de la población trabajadora a corto plazo, ya que a partir de su implementación dependería de la voluntad de los trabajadores y sobre todo, de su posibilidad económica, la de afiliarse o no a la seguridad social. Este modelo lo sigue con éxito Costa Rica.

Otra opción que resulta viable plantearse, ante la atención médica fragmentada con que cuenta la población guatemalteca, es la de *“unificar”* el sistema de salud pública, es decir, fusionar la red hospitalaria nacional y la del seguro social para prestar servicios equitativos,

homogéneos y eficientes a todos los guatemaltecos sin distinción, sin dejar de percibir las contribuciones de los patronos ni de todos los trabajadores, incluyendo al sector informal, lo que conllevaría un uso más óptimo de los recursos para atender la salud poblacional, ya que puede aprovecharse el recurso humano, la infraestructura de la red hospitalaria de ambos y las especializaciones, para ampliar la cobertura, calidad y accesibilidad del servicio de salud.

Sobre este modelo, la Corte de Constitucional de Colombia se pronunció en la sentencia identificada con el número 760 de fecha 31 de julio de 2008, que en su parte conducente establece:

Décimo sexto. Ordenar al Ministerio de la Protección Social, a la Comisión de Regulación en Salud y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adoptar las medidas necesarias, de acuerdo con sus competencias, para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios asegurando que sus contenidos (i) sean precisados de manera clara, (ii) sean actualizados integralmente, (iii) sean unificados para los regímenes contributivo y subsidiado y, (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las Entidades Promotoras de Salud. Esta regulación también deberá (i) incentivar que las EPS y las entidades territoriales garanticen a las personas el acceso a los servicios de salud a los cuales tienen derecho; y (ii) desincentivar la denegación de los servicios de salud por parte de las EPS y de las entidades territoriales. Para dar cumplimiento a esta orden, se adoptarán por lo menos las medidas relacionadas en los numerales décimo séptimo a vigésimo tercero.

Como se comprueba con la lectura del punto anterior, la Corte ordena la unificación de los sistemas contributivos del subsidiario (el que presta el Estado), razón por la que esta resolución reviste una gran importancia debido a que, con base en ella, a partir de julio de 2012 Colombia unificó su sistema nacional de salud y del seguro social. A esto parecen estar encaminados varios sectores de México, Venezuela y Ecuador, pues han apoyado el sistema de servicio unificado de salud.

Esta propuesta podría matizarse más, ya que algunos partidarios de esta opción refieren que debe unificarse la prestación de servicios, pero debe ser el seguro social el que controle, gestione y administre el sistema y debe ser la Salud Nacional la que se encargue de prestar los servicios médicos para segregar funciones entre ambas, lo que a mi criterio resulta menos favorable, ya que teniendo centralizado el

control y la prestación del servicio, pueden optimizarse los recursos y hacer más eficiente y rápida la atención de sanidad que requiere la población.

V. REFERENCIAS

ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES (ASIES), *Estudio de opinión pública sobre trabajo decente y economía informal*, Guatemala, ASIES, 2012.

BECCERIL-MONTEKIO, Víctor y LÓPEZ-DÁVILA, Luis, "Sistema de salud de Guatemala", *Salud Pública de México*, vol. 53, suplemento 2 de 2011.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Decreto 30-2012, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2013.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover, 17º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, (tema 3 de la agenda), 2010.

INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL, *Resumen del Informe Anual de Labores 2012*, Guatemala, IGSS, 2013.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE), *www.ine.gob.gt*.

JUNTA DIRECTIVA DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL, Acuerdo 1296.

MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL, *Informe Nacional de Salud*, Guatemala, MSPAS, marzo 2012.

Sistemas de fondos de pensiones*

Mgtr. Edgar Orlando Ruano Godoy**

Sumario: I. Introducción. II. Sistema de reparto. III. Sistema de capitalización. IV. Sistema de cuentas nocionales. V. Sistema en Guatemala. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Constituye una ley ineludible de la vida, que el ser humano nace, crece, se reproduce y muere. De tal manera que en su etapa productiva, obtiene los recursos necesarios para satisfacer las necesidades suyas y las de su familia por medio del trabajo. No obstante, llega un momento en que las fuerzas físicas disminuyen, la edad avanza y las oportunidades de empleo se cierran. Sin embargo, sus necesidades no desaparecen, sino que encuentra muchos inconvenientes para obtener los recursos imprescindibles para subsistir.

Para evitar esta situación, con el claro propósito de atender las necesidades de aquellas personas que debido a su edad avanzada¹

* Artículo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el Derecho del Trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar. Magíster en Derecho Pluralista Público y Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Actualmente se desempeña como magistrado del Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y Conflictos de Jurisdicción. Es autor de investigaciones publicadas por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.

1 La población de edad avanzada presenta una mayor vulnerabilidad debido a diversos factores como lo constituyen sus mayores riesgos en salud y menores

dejaban de laborar o lo hacían de manera parcial y obtenían ingresos insuficientes para la satisfacción de sus necesidades prioritarias, fue que surgió la idea de crear un sistema de pensiones, que dejara atrás el limitado ámbito familiar de redistribución de recursos para personas mayores, o el almacenamiento de bienes, como acontecía en la antigüedad.²

Resulta trascendental que cada trabajador cuente con un ahorro previsional, del que pueda disponer en los casos en que se retire activamente de laborar, cuando acontezca una invalidez, o bien, un ingreso a sus familiares dependientes cuando suceda la muerte del trabajador. Con el propósito de cubrir los rubros relacionados, es que surgió la figura de los fondos de pensiones. Efectivamente, los fondos de pensiones³ constituyen programas de mantenimiento de rentas que sustituyen (al menos parcialmente) a los ingresos laborales de las personas cuando estas pierden dichos ingresos debido a alguna de las siguientes circunstancias:

1. Ser demasiado mayores para trabajar (pensiones de jubilación).
2. Sufrir algún tipo de enfermedad o incapacidad (pensiones de invalidez).
3. Fallecimiento del progenitor o cónyuge que representaba la principal fuente de ingresos del hogar (pensiones de supervivencia, viudedad y orfandad).

De lo anterior, se colige que la contribución monetaria que realice el trabajador mientras labore activamente resulta esencial, puesto que de no efectuar esa contribución, quedaría desamparado en su vejez

capacidades físicas y mentales. Además, sus ingresos son insuficientes para su subsistencia, puesto que disminuye significativamente el nivel de consumo en la vejez.

2 Como resultado del Estado del Bienestar (*Welfare State*), surgió el tema pensional. Es por ese motivo que Joaquín Melgarejo Armado expresa que: “Una de las manifestaciones más evidentes del Estado del Bienestar se concreta en el concepto de previsión social vinculada a la jubilación y las pensiones a percibir en tal situación”. Melgarejo Armado, J., “La previsión social complementaria en el mercado común”, en *El sector asegurador y de los planes y fondos de pensiones*, noviembre-diciembre, núm. 833, España, 2006, p. 115.

3 <http://212.128.130.23/eduCommons/ciencias-sociales-1/hacienda-publica-i/contenidos/presentaciones/tema24.pdf>.

y por ende, sin una fuente de ingresos que le permitan sufragar los gastos para su supervivencia.

Estas razones justifican la obligatoriedad que tiene la persona de cotizar para prever los riesgos antes mencionados. No existiría problema alguno, si las personas mantuvieran sus ingresos inalterables u obtuvieran un aumento constante dependiendo del índice inflacionario con el transcurrir del tiempo, con el objeto de mantener su nivel de consumo durante toda la vida. Pero, debido a que no existe una capacidad de cálculo ilimitada y dado que los mercados de capitales son imperfectos, lo anterior resulta imposible.

Ahora bien, no existe un único sistema de pensiones. Efectivamente, en la actualidad se presentan tres clases de sistemas: de reparto, prestacional y nocional. Comprender cada una de las ventajas y desventajas de estos sistemas, nos permitirá entender de mejor manera el funcionamiento e importancia que representan los fondos de pensiones. Cabe expresar que las pensiones constituyen la principal fuente de rentas para la mayoría de personas mayores y, es más, en algunos casos constituye el único ingreso que obtienen. Es por ello que resulta trascendental que el sistema de pensiones sea solvente y eficiente, de tal manera que puedan garantizarse las rentas en el futuro.

II. SISTEMA DE REPARTO

Se organiza sobre la base de un aporte obligatorio realizado por el Estado y por los trabajadores en activo, con el que se forma un fondo para atender las pensiones y jubilaciones de los trabajadores retirados. Es decir, el sistema de pensiones de reparto consiste en un mecanismo de transferencia o redistribución de renta desde los ocupados hacia los jubilados.⁴ Los trabajadores activos sostienen con sus contribuciones a los trabajadores jubilados, adicional a la aportación estatal. En el sistema anglosajón es denominado *pay as you go system*. Dentro de sus características se encuentran la de ser

4 Héctor-León Moncayo S. expresa al respecto que: “Si bien el sistema de financiación de reparto simple reduce la renta real a través de su efecto sobre el ahorro privado, tiene la virtud de redistribuir la riqueza y la renta a lo largo del tiempo dentro de la misma generación”. Moncayo S., H-L., “Un ensayo sobre los límites del derecho”, en *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación entre derecho y economía*, Bogotá, Publicaciones ILSA, 2004, p. 98.

público y además, universal y solidario. Respecto al aspecto público, Fidel Ferreras Alonso,⁵ ex director general del Instituto Nacional de Seguridad Social de España, expresa lo siguiente:

La organización de un sistema público de pensiones obligatorio es fruto del compromiso que une la responsabilidad pública e individual para el mantenimiento del Estado de bienestar. Ese compromiso es la esencia del sistema. El Estado organiza la protección, y el ciudadano la ejerce. Los medios para su protección es su aportación mediante la cotización, por ello la aportación que adquiere no es una ayuda graciable del Estado, sino un derecho protegido como la propiedad privada.

En efecto, en esta clase de sistema de pensiones, el Estado organiza, dirige, supervisa y administra los fondos de pensiones, generalmente mediante un organismo especializado con facultades necesarias para ese motivo. Es en ese sentido, que el mismo no se encuentra sujeto a criterios de rentabilidad económica o a la necesaria obtención de ganancias. Es por ello, que aunado a la característica de ser público se añade la de solidaridad. Esta solidaridad se traduce en el hecho de que imperativamente deben desarrollarse los instrumentos necesarios para que todas las personas laboralmente activas, concurren a la financiación del fondo de pensión, en la medida de sus capacidades económicas. Una de las ventajas que se señalan respecto de la solidaridad del régimen público es que:

En materia de pensiones, el régimen público, permite el subsidio de los trabajadores de más altos ingresos a aquellos de ingresos menores, gracias a la fijación de una pensión mínima y una pensión máxima, y la mancomunidad de los riesgos de invalidez y muerte.

De igual manera, tanto en salud como en pensiones, se define la creación de un régimen no contributivo para personas en situación de pobreza con aporte financiero del Estado.⁶

En el último apartado recién citado se hace referencia al principio de universalidad, mediante el cual el Estado garantiza el acceso a la seguridad social de todos los habitantes de su territorio, sin

5 Ferreras Alonso, F., *Sistema Público de Pensiones: su adaptabilidad es su seguridad*, Madrid, 2013, p. 7.

6 Grupo Editorial Bajo la Lupa, "Nuestras banderas: solidaridad y justicia", *Revista Bajo la Lupa*, ed. núm. 16, año 2, Talleres del Grupo La República, Lima, Perú, 2009, p. 17.

distinción alguna, como manifestación de un derecho fundamental. Sin embargo, en este caso el régimen no contributivo que se expresa sería adicional al programa de Invalidez, Vejez y Supervivencia que administra el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS).

Entre las críticas que se realizan al sistema de reparto, se encuentran las siguientes:

- a) Se dice que una persona ahorra menos, cuando el Gobierno le asegura una jubilación.
- b) Debido a la naturaleza del sistema, los beneficios no están directamente asociados con los aportes efectuados, lo que fomenta la evasión en el pago de cotizaciones e incentiva la subdeclaración de ingresos.
- c) Se expresa que este sistema, por ser no competitivo, no genera los incentivos adecuados para promover la eficiencia, lo que ha ocasionado un incremento por encima de lo normal en los costos administrativos, los cuales son onerosos.
- d) Las dificultades de los Gobiernos para hacerle frente a sus obligaciones o compromisos con los sistemas de pensiones. Lo anterior, surge como consecuencia de la poca capacidad que tienen los Gobiernos para incrementar sus ingresos y poder así cubrir sus aportes a los sistemas de pensiones y de la seguridad social en general.

III. SISTEMA DE CAPITALIZACIÓN

A partir de los años 80, se empezaron a producir durísimos ataques a la viabilidad del sistema de reparto y en consecuencia, se procedió a proponer el cambio de un modelo de reparto al modelo de capitalización,⁷ al introducir sistemas de pensiones privados y de capitalización individual.

En América Latina, fue Chile en el mes de marzo de 1981,⁸ en el gobierno de Augusto Pinochet, con evidente influencia de la Universi-

7 Ferreras Alonso, F., *op. cit.*, nota 5, p. 14.

8 Específicamente fue el 4 de noviembre de 1980, mediante los decretos leyes 3.500 y 3.501 de esa fecha, que Chile sustituyó su sistema de pensiones de reparto operado por el Estado por un sistema de capitalización individual administrado

dad de Chicago y especialmente de la asesoría del economista Milton Friedman, que se inició el proceso de reforma del sistema tradicional de pensiones por reparto, al incorporarse un modelo de capitalización individual de los ahorros previsionales de carácter obligatorio, en sustitución del sistema de reparto, donde se crearon empresas privadas que administran dichos ahorros, efectuando una inversión de esos activos en los mercados de capitales locales preferentemente y otra parte menor, en los mercados financieros internacionales.

El sistema de capitalización se apoya en un mecanismo de ahorro individual. Aquí, los cotizantes en forma mensual traspasan una cuota, como parte de sus ingresos, a una administradora privada que invierte estos recursos en distintos instrumentos financieros con el fin de incrementar el monto acumulado por el individuo, de manera que este pueda optar a mejores condiciones de pensión al momento de su jubilación. Es decir, se instrumentan mediante sistemas financiero-actuariales de capitalización individual. Dentro de sus características se encuentran la de ser individual y privado; aunque en ocasiones puede ser colectivo. Anayansy Córdoba Herrera,⁹ expresa que:

Son programas de pensiones actuariales, de beneficios o contribuciones definidas, administrados por entidades privadas descentralizadas y especializadas, que acumulan reservas financieras. En los regímenes privados de pensiones se utiliza como sistema de financiamiento el sistema de capitalización, que puede ser colectivo o individual. Este sistema se caracteriza por establecer una cuota fija y constante acorde con la naturaleza del riesgo y tipo de jubilación que se garantice.

Entre las ventajas que se mencionan en relación con el sistema de capitalización, encontramos las siguientes:

- a) No les afecta el envejecimiento demográfico.
- b) Favorecen el crecimiento económico, porque favorecen un mayor ahorro nacional.

por empresas privadas en el marco de una economía de libre mercado, produciéndose además, una transformación en el sistema de pensiones, invalidez y salud de dicho país. Estos decretos iniciaron su vigencia en marzo de 1981.

9 Córdoba Herrera, A., "Regímenes de pensiones de capitalización individual", Honduras, Comisión Nacional de Valores, 1995, http://www.cnbs.gov.hn/files/segueros_pensiones/ssp_regpencapindiv.PDF, p. 6.

- c) El nivel de pensiones se encuentra directamente relacionado con el esfuerzo individual.
- d) Se produce una separación entre las sociedades administradoras del fondo y los fondos de pensiones.

Entre las críticas que se efectúan a este sistema encontramos las siguientes:

- a) Este sistema carece de solidaridad, pues en el mismo no se produce una redistribución entre los afiliados de mayores ingresos hacia los más pobres y tampoco contribuyen para garantizarla para las próximas generaciones.
- b) Se abandonan los tradicionales principios de la solidaridad, la universalidad y la integralidad, lo que afecta esencialmente la noción de seguridad social, lo que constituye un derecho humano que se encuentra explícito en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollados en los sucesivos pactos.

IV. SISTEMA DE CUENTAS NOCIONALES

A este sistema también se le conoce como sistema integral sueco y consiste en que el asegurado tiene una cuenta virtual individual donde se depositan tanto sus aportaciones como las del empleador. Imita el sistema de cotizaciones definidas, pero permanece no financiado. Para entender de mejor manera lo anterior, resulta primordial comprender indubitablemente lo que comprende el término “cuenta nocial”. A ese respecto, cabe indicar, que *“Una cuenta nocial es una cuenta virtual donde se recogen las aportaciones individuales de cada cotizante y los rendimientos ficticios que dichas aportaciones generan a lo largo de la vida laboral”*.¹⁰

En este sistema pensional, la cuenta es denominada nocial, pues solo existe en un registro contable. No existe físicamente, debido a que el dinero no se encuentra depositado en ninguna cuenta real. En ese aspecto, *“Una cuenta nocial utiliza los datos de estos registros de una forma diferente del sistema contributivo tradicional: crea una cuenta individual virtual donde «deposita» las aportaciones, a la cual suma «rendi-*

10 Vidal Meliá, C. et al, *Cuentas nocials de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados*, España, Universidad de Valencia, 2002, p. 7.

mientos» ficticios una vez al año, para entregar, al momento de la jubilación, la cifra del fondo ficticio acumulado a lo largo de la vida laboral".¹¹

El componente contributivo obligatorio es mixto: cuentas nocionales y capitalización individual complementaria (combina los dos sistemas anteriores). Actualmente se aplica en Suecia, Letonia, Italia y Polonia, entre otros países. Entre las ventajas que se señalan a este sistema, se encuentran las siguientes:

- a) *Posee un nivel extraordinario de transparencia.* Desde el 2001, el sistema de cuentas nocionales sueco publica anualmente su balance.
- b) *Se produce un aumento de la confianza de los cotizantes en el sistema.* Se reflejan de mejor manera las preferencias de las personas en relación con las pensiones que desean obtener al final de su vida activa.
- c) *Mejora la credibilidad política y financiera.* Se introducen ajustes automáticos continuamente que corrigen los desequilibrios financieros.

Entre las desventajas de este sistema, se señalan las siguientes:

- a) No hace frente a los cambios demográficos de una manera completa. Como el pago se hace de una sola vez, no toma en consideración la esperanza de vida ni la evolución de la mortalidad.
- b) La posibilidad de que el cotizante elija cuándo puede jubilarse, puede provocar irremediablemente un número excesivo de jubilaciones anticipadas.
- c) Debido a que se trata de un término técnico-actuarial, su funcionamiento resultaría sumamente difícil de explicar a personas de bajo nivel cultural, máxime si se considera que las cuentas únicamente son hipotéticas, es decir, ficticias, no reales.

11 Domínguez Fabián, I. et al. *Mejora de la equidad y sostenibilidad financiera del sistema público español de pensiones de jubilación mediante el empleo de cuentas nocionales de aportación definida (NDCS)*, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 18.

V. SISTEMA EN GUATEMALA

Guatemala posee un sistema de reparto fraccionado, donde se desconoce el número total de fondos de pensiones existentes en el país. No obstante, puede establecerse que el sistema de pensiones en Guatemala se compone de tres regímenes principales de base y un conjunto de regímenes denominados “complementarios”, que son difíciles de cuantificar.

A. Regímenes de base

Los regímenes de base son los siguientes:

- a) Programa de Invalidez, Vejez y Supervivencia (IVS), gestionado por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS).¹²
- b) Programa de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado.¹³
- c) Plan de prestaciones y beneficios del Instituto de Previsión Militar (IPM).¹⁴

B. Regímenes complementarios

Entre los regímenes complementarios están:

- a) Fondo de prestaciones para los trabajadores del Banco de Guatemala, Superintendencia de Bancos y el Fondo de Regulación de Valores.
- b) Plan de prestaciones del personal de la Universidad de San Carlos de Guatemala (USAC).
- c) Plan de jubilaciones y prestaciones para el personal del Crédito Hipotecario Nacional (CHN).

12 Este programa fue creado en 1977 y forma parte del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS). Cubre tanto a los trabajadores del sector privado, como los del sector público (no cubiertos por el régimen de clases pasivas del Estado).

13 El régimen de clases pasivas civiles del Estado tiene más de cien años de aplicarse en el país. Constituye el régimen más antiguo.

14 Fue creado en 1966 para ser aplicado exclusivamente a los militares adscritos en dicho plan. Otorga pensiones por jubilación, por retiro obligatorio, invalidez o incapacidad, y fallecimiento, así como un seguro dotal por jubilación al cumplir el cotizante treinta años de servicio.

- d) Plan de jubilaciones de los empleados de la Municipalidad de Guatemala.
- e) Plan de jubilaciones de la Empresa Municipal de Agua (EMPAGUA).
- f) Plan de prestaciones del empleado municipal.
- g) Plan de prestaciones de los trabajadores de la Empresa Portuaria Quetzal.
- h) Plan de prestaciones de los trabajadores de la Empresa Portuaria Santo Tomás de Castilla.
- i) Fondo de pensiones para el personal del Instituto Nacional de Electrificación (INDE).
- j) Plan de pensiones de los trabajadores del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS).
- k) Fondo de pensiones del Instituto de Ciencia y Tecnología Agrícola (ICTA).

Como se ha expresado en esta investigación, en Guatemala el sistema de fondos de pensiones vigente es el de reparto. No se encuentra regulado el sistema de capitalización ni el de cuentas nocionales.

Es preciso recordar que, como lo asevera María Ascensión Morales, “*Los asuntos más acuciantes en materia de seguridad social son la salud y las pensiones*”.¹⁵ El sistema de reparto constituye *strictu sensu*, el único aplicable como derivación de la seguridad social en Guatemala. El tema de fondos de pensiones resulta de gran trascendencia, debido a que la ley de la vida a que se hizo referencia en la introducción continúa irreversiblemente; sin embargo, cuando la persona ha dejado de ser un trabajador activo, debe contar con una pensión digna que le permita subsistir adecuadamente en los vaivenes finales de su vida.

15 Morales, M. A., “Extensión de la seguridad social en materia de pensiones”, en *Condiciones de trabajo y previsión social*, México, IJ-UNAM, 2012, Serie Doctrina Jurídica, número 642, p. 37.

VI. CONCLUSIONES

1. Como derivación del sistema de seguridad social, resulta importante que el Estado garantice un sistema de fondos de pensiones de reparto, que cumpla efectivamente con los principios de universalidad, integridad y solidaridad para las personas que requieran de un ingreso económico digno, posteriormente a su actividad laboral.
2. Dentro de los sistemas de fondos de pensiones, actualmente los tres principales que se aplican son los de reparto, el de capitalización y el de cuentas nocionales. Su aplicación varía de un país a otro. En algunos países, como en el caso de Guatemala, se aplica exclusivamente el de reparto, mientras que en otros, como Chile, únicamente el de capitalización, y en el caso de Suecia, se aplica el sistema de cuentas nocionales. Otros países aplican una combinación entre dos sistemas, estableciendo la obligatoriedad para el sistema de reparto y optativo en el caso del sistema de capitalización.
3. En Guatemala, el sistema de reparto no es universal, puesto que aplica a un número reducido de personas, pero no se regula nada respecto de un régimen no contributivo para personas en situación de pobreza, como ocurre, por ejemplo, en Costa Rica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CÓRDOBA HERRERA, A., "Regímenes de pensiones de capitalización individual", Honduras, Comisión Nacional de Valores, 1995, http://www.cnbs.gov.hn/files/seguros_pensiones/ssp_regpencapindiv.PDF.
- DOMÍNGUEZ FABIÁN, I. et al., *Mejora de la equidad y sostenibilidad financiera del sistema público español de pensiones de jubilación mediante el empleo de cuentas nocionales de aportación definida (NDCS)*, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.
- FERRERAS ALONSO, F., *Sistema Público de Pensiones: su adaptabilidad es su seguridad*, Madrid, 2013.
- GRUPO EDITORIAL BAJO LA LUPA, "Nuestras banderas: solidaridad y justicia", *Revista Bajo la Lupa*, ed. núm. 16, año 2, Talleres del Grupo La República, Lima, Perú, 2009.

- MELGAREJO ARMADO, J., “La previsión social complementaria en el mercado común”, en *El sector asegurador y de los planes y fondos de pensiones*, noviembre-diciembre, núm. 833, España, 2006.
- MONCAYO S., H-L., “Un ensayo sobre los límites del derecho”, en *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación entre derecho y economía*, Bogotá, Publicaciones ILSA, 2004.
- MORALES, M. A., “Extensión de la seguridad social en materia de pensiones”, en *Condiciones de trabajo y previsión social*, México, IJ-UNAM, 2012, Serie Doctrina Jurídica, número 642.
- VIDAL MELIÁ, C. et al., *Cuentas nocionales de aportación definida: fundamento actuarial y aspectos aplicados*, España, Universidad de Valencia, 2002.

Elementos de control de constitucionalidad de las reformas a pensiones sociales en Guatemala*

Mgtr. Mauro Salvador Chacón Lemus**

Sumario: I. Introducción. II. Estructura de las normas de pensiones sociales. III. Elementos de interpretación de las normas de derechos asistenciales de la seguridad social. IV. Ponderación en tiempos de crisis financiera. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Derivado de la crisis financiera mundial de la década anterior que afectó principalmente la solvencia de los empresarios, así como de congresos internacionales respecto de la seguridad social y la es-

* Ensayo presentado en septiembre 2013, en la línea de investigación *Nuevas tendencias en el derecho del trabajo y la protección de seguridad social*, dirigida por el Dr. Mikel de la Fuente Lavín, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Presentado en forma de ponencia en octubre 2013, en los paneles del IV Congreso Internacional de Derecho, Filosofía, Economía, Sociología, Psicología, Educación e Informática en un Mundo Global: “Reflexiones para la transformación de la sociedad”.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Actualmente, es abogado asesor de magistratura (letrado) de la Corte de Constitucionalidad, así como abogado coordinador del Programa de Difusión de la Cultura Constitucional de la Corte de Constitucionalidad; también se desempeña como catedrático titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Es autor de varias investigaciones publicadas en diversos tomos del *Opus Magna* de la Corte de Constitucionalidad.

peranza de vida, entidades como el Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Europea, inclusive, así como de instituciones internacionales relacionadas con la seguridad social, proyectaron políticas para reformar los alcances de los sistemas de previsión social, especialmente de los fondos de pensiones. Dichas políticas han planteado reducir las prestaciones proporcionadas por los sistemas públicos de pensiones, los cuales protegen a las clases pasivas, con lo cual los integrantes de esas clases deben soportar los desaciertos producidos por la referida crisis financiera.

Uno de los primeros parlamentos que efectuó reformas de ese tipo, atendiendo a las políticas establecidas, fue el francés, en agosto del 2010, basado en la propuesta del presidente Nicolás Sarkozy, con la que se elevó de 60 a 62 años la edad mínima de jubilación y de 65 a 67 años la edad para cobrar una pensión completa, la cual fue respaldada por 336 votos de la mayoría gubernamental de derecha y centristas contra 233 de las filas de la oposición de izquierda. Para diciembre del mismo año, el Instituto Guatemalteco de Seguridad social (IGSS) efectuó reformas al Reglamento sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS) que coincidentemente elevaban los requisitos para acceder a la jubilación: de 60 a 62 años la edad mínima y de 62 a 65 años la edad para cobrar una pensión completa, la cual fue respaldada por el presidente Álvaro Colom.

Ante la Corte de Constitucionalidad, fueron promovidas tres acciones de inconstitucionalidad general (las propias para el ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto) contra el Acuerdo 1257 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social que contiene las reformas aludidas, entre otras. Las acciones fueron planteadas respectivamente por una diputada al Congreso de la República, el procurador de los Derechos Humanos y sindicalistas del IGSS, las cuales se conocieron en los expedientes acumulados 3-2011, 4-2011 y 52-2011. El tribunal constitucional guatemalteco dictó la sentencia el 6 de septiembre de 2012.

En ese fallo, la Corte de Constitucionalidad, tras advertir medidas regresivas en prestaciones sociales justificadas en estudios actuariales que prevén evitar el déficit del sistema de previsión social, estableció algunos lineamientos para ponderar derechos sociales en

colisión con otros principios constitucionales. El balanceo lo realizó entre los derechos sociales de los afiliados al Programa de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS) del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) frente al deber constitucional de protección financiera del régimen de seguridad social.

Con esta base, se analizarán los elementos que deben tomarse en cuenta en caso de interpretación de derechos sociales prestacionales, tales como los propios de las pensiones sociales, que ha establecido la jurisprudencia constitucional guatemalteca para su efectiva protección.

II. ESTRUCTURA DE LAS NORMAS DE PENSIONES SOCIALES

La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce, en su artículo 100, lo siguiente: “*El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación [...]*”. Esta Constitución agrupa los derechos fundamentales en su título II, que consiste en tres capítulos: *a)* capítulo I, “Derechos Individuales”; *b)* capítulo II, “Derechos Sociales”; y *c)* capítulo III, “Deberes y Derechos Cívicos y Políticos”. Es en el segundo capítulo donde se encuentra el citado artículo 100.

Al respecto de los derechos sociales, el jusfilósofo mexicano (nacido en Guatemala) Luis Recaséns Siches explica:

Se trata de una serie de derechos –llamados también económicos, sociales y culturales– entre los que suelen figurar el derecho a condiciones justas de trabajo y a la protección contra el paro o desempleo, los derechos a un nivel decoroso de vida en cuanto a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, y los derechos de seguridad social en casos de accidente, enfermedad, invalidez, vejez, u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes de la voluntad de la persona y el derecho a la educación.¹

Así pues, los derechos sociales constituyen una conquista irrenunciable para cualquier Estado en que se tenga una mínima consideración por la dignidad de las personas y se combata la injusticia social con una política redistributiva de riqueza e igualadora de las oportunidades de los ciudadanos. La garantía de tales derechos marca

1 Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1961, p. 600.

un compromiso ineludible para los poderes públicos. La inclusión de los derechos sociales como elemento constitutivo de la ciudadanía responde a la extendida convicción de que el disfrute de una serie de prestaciones, que van más allá de lo que supone el reconocimiento jurídico de la titularidad de derechos civiles y políticos, es condición de una ciudadanía plena. Se trata de proteger o tutelar bienes económicos (salario, indemnización, etc.), propiamente sociales (asistencia médica, jubilación, etc.) o culturales (educación, aprendizaje técnico, etc.).

Por su parte, Luigi Ferrajoli enseña:

[...] son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derechos subjetivos” cualquier expectativa (en prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²

Para los efectos del presente trabajo, se entenderá por “derechos fundamentales” a aquellos derechos humanos positivizados en normas “materialmente” constitucionales, como derechos subjetivos con un alto grado de importancia, protección y exigibilidad, por encarnar exigencias morales importantes, adscritas universalmente a todos, que permiten un ámbito de desarrollo y dignificación del ser humano, los cuales adquieren la más plena garantía, incluso frente al legislador, con la idea de la Constitución normativa y material. Por ello, se dice que pertenecen a los derechos fundamentales los derechos constitucionalmente reconocidos por el Estado y los derechos universales declarados en el ordenamiento internacional.

Al respecto de los derechos sociales fundamentales o “derechos fundamentales prestacionales”, como los denomina, Robert Alexy señala:

Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo

2 Ferrajoli, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, 2ª ed., España, Trotta, 2009, p. 45.

*también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, derecho a la previsión, al trabajo, a la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto.*³

En su definición, el profesor alemán le imprime el factor prestacional primordialmente al concepto de derechos sociales, es decir, que son derechos a acciones positivas fácticas del Estado, y tomando en cuenta su definición de “derechos fundamentales”,⁴ son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria, pues constituyen derechos subjetivos con un alto grado de importancia, que se diferencian de otros derechos fundamentales por ser derechos de prestación en sentido estricto.

En consecuencia, en Guatemala el derecho a la seguridad social constituye un derecho social fundamental. Respecto del derecho a la seguridad social, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que este se ha instituido como un mecanismo de protección a la vida, que tiene como fines fundamentales la prestación de los servicios médico hospitalarios conducentes a conservar, prevenir o restablecer la salud de los habitantes.⁵

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, por mandato constitucional, es la institución que lo brinda a todas aquellas personas que sean parte activa del proceso de producción de artículos o servicios (afiliados) y sus familiares que dependan económicamente de ellos (beneficiarios), en la extensión y calidad de dichos beneficios que sean compatibles con el mínimo de protección que el interés y la estabilidad sociales requieran.⁶

Del derecho a la seguridad social deriva el derecho a la previsión social que comprende la protección, mediante una prestación, de con-

3 Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 20002, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>, p. 73.

4 Robert Alexy define los derechos fundamentales como “*posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria*”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 432.

5 Ver sentencias de 26 de mayo de 2004, expediente 1743-2003, de 26 de abril de 2004, expediente 2274-2003 y de 26 de abril de 2004, expediente 568-2004).

6 Según se aprecia del contenido de los artículos 28, literal c), y 31 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

tingencias que sufre o pudiere sufrir el sujeto en desenvolvimiento de su actividad, extensiva a la familia del trabajador. Su finalidad es poner a todos los individuos de una nación a cubierto de aquellos riesgos que les privan de la capacidad de ganancia, cualquiera sea su origen (tales como desempleo, maternidad, enfermedad, invalidez y vejez).

El régimen de invalidez, vejez y sobrevivencia del seguro social se estructura sobre una base financiera especial que percibe recursos, primordialmente, por vía de la aportación dineraria a la que están obligados a pagar los patronos, los trabajadores y el Estado, conforme las cuotas proporcionales establecidas.⁷ Entonces, la cobertura de la seguridad social alcanza con exclusividad a los afiliados, que son todos aquellos habitantes de Guatemala que sean trabajadores formales, quienes están obligados a contribuir al sostenimiento del régimen de seguridad social en proporción a sus ingresos y tienen el derecho de recibir beneficios para sí mismos.

El artículo 100 constitucional concede al IGSS categoría autónoma y el legislador le atribuyó la potestad de regular aspectos que se ven influidos por esa captación y administración de recursos limitada, tales como la cobertura (según los elementos personal, territorial, temporal o de riesgo) de los servicios médicos, hospitalarios y de otra índole que presta, conforme la posibilidad económica del momento. Por ende, posee un amplio margen de autonomía económica, jurídica y funcional, con el objeto de llenar idóneamente los fines que conciernen a la seguridad social, según la Constitución y su ley orgánica. Con base en la facultad de definir su actividad financiera, debe determinar los alcances que conciernen a la cobertura de los servicios que presta, sin que rebase su capacidad financiera que provoque, incluso, la quiebra del régimen. Para ello, debe basarse en estudios actuariales que permiten ajustar las cuotas o incrementar la cobertura.

7 Para ese régimen los patronos deben aportar el 3.6% del total de salarios de sus trabajadores afiliados y éstos, el 1.83% de sus salarios. El Estado debe aportar el equivalente al 25% del total de los pagos efectivos por concepto de prestaciones otorgadas. En total, los patronos deben aportar a la seguridad social el 10.67% del salario devengado por sus trabajadores como contribución al IGSS y los trabajadores deben pagar el 4.83% como su contribución al IGSS; la diferencia está dirigida a cubrir los gastos por otras prestaciones médicas (maternidad, atención médica, accidentes).

En conclusión, las pensiones sociales constituyen derechos sociales de los beneficiados que deben concederse conforme las capacidades financieras del régimen de previsión social. Para el presente trabajo, los derechos sociales constituyen una especie de los derechos fundamentales que pertenecen a todas las personas, frente al Estado, cuyo fin es esencialmente asistencial, los cuales tratan de proteger o tutelar bienes económicos, sociales y culturales por medio del disfrute de una serie de prestaciones como condición de una ciudadanía plena; por ello, se consideran derechos a prestaciones que exigen del Estado un comportamiento activo para garantizar una existencia humanamente digna.

III. ELEMENTOS DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHOS ASISTENCIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Los derechos sociales, aunados al concepto de derechos públicos subjetivos y su contenido a un “hacer”, “contribuir” o “ayudar” por parte de los órganos estatales, son derechos fundamentales incluidos en normas constitucionales, ya sean formales o materiales; pueden consistir en principios o reglas, y poseen también dentro de sus características la *universalidad* (porque pertenecen a todos los seres humanos), la *exigibilidad* (porque son derechos públicos subjetivos), la *inalienabilidad* (no pueden ser transferidos a otras personas), la *imprescriptibilidad* (no se adquieren ni se pierden por el simple transcurso del tiempo), la *indisponibilidad* (el legislador no puede regular respecto de estos a su libre disposición, arbitrariamente), la *irreversibilidad* (no puede desconocerse un derecho ya reconocido por el Estado), la *progresividad* (siempre se debe aplicar la disposición más favorable), la *indivisibilidad* y la *interdependencia* (cada derecho fundamental trae consigo otros derechos humanos y depende de ellos, la violación de un derecho afecta al ejercicio de otro).

La interpretación de derechos sociales debe iniciarse con el método gramatical, atendiendo a la letra de la norma, indagando el significado de los términos del texto normativo, analizándose no solo el significado común de las palabras y su conexión entre ellas, sino también su significado técnico y jurídico. Luego se complementa con la interpretación sistemática, el análisis de la norma vinculada a otros artículos o del todo del que forman parte, para obtener el significado

de la norma dentro de un determinado contexto, interpretación que debe incluir las normas constitucionales y demás normas referentes a derechos sociales, según se apuntó.

Posteriormente, se necesita comprobar si el resultado de la interpretación coincide con el objetivo, con la finalidad y el espíritu de la norma (principio teleológico); complementariamente, es posible utilizar el principio histórico que coadyuvaría al teleológico para indagar respecto del verdadero sentido de la norma. Finalmente, es ineludible confrontar el resultado de la interpretación con las normas, valores y principios de la norma constitucional, con la finalidad de que la interpretación efectuada, sea conforme a la Constitución.

Al respecto, se exponen elementos específicos que deben tomarse en cuenta para la interpretación de las normas de pensiones de seguridad social que ha establecido la Corte de Constitucionalidad:

A. Elemento del mínimo existencial

También llamado “del mínimo vital”. La afirmación de la dignidad de la persona humana conlleva a que a una persona se le reconozca su derecho a un mínimo existencial, pues de no ser reconocido se vulneraría el derecho fundamental a la vida y a la inalienabilidad corporal. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha indicado:

*[...] Los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales [...] No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o activas (en algunos casos de efectos inmediatos y otros progresivos), **tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales** de la población en general (contenido mínimo esencial del derecho), creando o generando las condiciones para que las personas accedan a tales derechos y cuyo resultado no debe depender únicamente de la disponibilidad de recursos económicos, aunque claro está, sí dependerá del desarrollo económico de un país [...].⁸*

B. Elemento de la progresividad

Mediante este principio, la interpretación de una norma de derechos sociales no puede realizarse de tal manera que resulte una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión. Además, en caso de que existan varias normas que regulan

⁸ Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 1205-2008, sentencia de fecha 17 de febrero de 2010.

ese derecho, debe aplicarse –con prelación– la que disponga la regulación más favorable. El artículo 100 de la Constitución de Guatemala, al reconocer el derecho a la seguridad social, señala que debe procurarse su mejoramiento progresivo. Conlleva a que los esfuerzos estatales por el goce de los derechos sociales deban darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una mejora continua de las condiciones de existencia, como lo establece el artículo 11 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Corte de Constitucionalidad ha indicado: “[...] *se atribuye a aquellos derechos que requieren la adopción de conductas que habrán de implementarse durante un lapso para lograr la satisfacción del derecho de que se trate. Implicará entonces, la adopción de medidas cuyo resultado sólo se logrará con posterioridad al inicio de la actividad del Estado destinada a cumplirlas [...]*”⁹ Con ello, ese tribunal agrega a este principio la implementación de medidas estatales para la concreción del derecho social en cuestión, que permitan su cobertura a partir del inicio de actividades para su satisfacción.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José–, en su artículo 26, establece el compromiso estatal de adoptar medidas para lograr “progresivamente” la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador– regula, en su primer artículo, la obligación estatal de adoptar las medidas necesarias, “hasta el máximo de los recursos disponibles”, para lograr “progresivamente” la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo.

C. Elemento de no regresividad

La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales conlleva a impedir que el Estado dé marcha atrás a los niveles alcanzados de satisfacción de esos derechos, de modo que las obligaciones del Estado en relación con los derechos sociales deben sostenerse o ampliarse, pero no reducirse o eliminarse. Por ello, toda medida

9 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 2863-2006, sentencia de fecha 25 de abril de 2007.

regresiva presupondría violación al derecho social en cuestión, salvo que el Estado pruebe que la medida, aunque regresiva, está justificada, dada la existencia de un interés estatal permisible o el carácter imperioso de la medida.

El principio de la no regresividad de los derechos sociales deriva de la imposibilidad que tiene el Estado de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, luego de haberlo reconocido por medio de normas nacionales o internacionales. Una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce por medio de un servicio prestado por el Estado, implica el reconocimiento de un *status* jurídico básico de inclusión social, por lo que su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables.

Este principio de no regresividad se ve recogido en el artículo 78 constitucional, al establecer que los derechos adquiridos por el magisterio nacional tienen carácter de mínimos e irrenunciables, y el 106, al indicar que los derechos referentes al trabajo son irrenunciables y susceptibles de ser superados; irrenunciabilidad que conlleva esa prohibición de regresividad. Con el principio de no regresividad –en la interpretación– se añade una limitación a la regulación de los derechos fundamentales que veda en consecuencia a las autoridades estatales la posibilidad de adoptar medidas que reduzcan el nivel alcanzado por los derechos sociales y de las prestaciones de que goza la población. Así lo ha establecido la Corte de Constitucionalidad, recientemente: “[...] *la obligación de no regresividad constituye una limitación que la Constitución y los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos imponen a los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales [...]*”.¹⁰

En consecuencia, una medida resulta regresiva y no progresiva: a) cuando recorta o limita el ámbito de protección del respectivo derecho prestacional; b) cuando aumenta los requisitos exigidos para acceder al derecho; y c) cuando disminuye o desvía los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. Con esa base, el tribunal constitucional guatemalteco comparó los contenidos de las

10 Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala, expediente 4095-2009, sentencia de fecha 20 de mayo de 2010.

normas anteriores con las reformadoras para determinar en cuáles hubo progreso o regresión, y concluyó que las medidas regresivas eran las siguientes:

- a) El segundo rubro de la pensión de vejez –“el 0.5% de la remuneración base por cada seis meses de contribución que tenga el asegurado en exceso”– se concede al cumplir con ciento ochenta (180) meses de contribución o más, y ya no con ciento veinte (120).
- b) Se eliminó el beneficio del “10% de la remuneración base” por cada dependiente del afiliado (que podía transformarse hasta en 30%, tomando como límite máximo el 80% que determina el art. 9 del reglamento en cuestión) y se estableció solo un 10% para todo el grupo familiar del afiliado.
- c) El veinticinco por ciento (25%) adicional de los pensionados de “gran invalidez” que no adquieran el rubro de asignación familiar es calculado sobre el rubro primero únicamente (el 50% de la remuneración base).
- d) Las condiciones para que determinada población pueda optar al derecho prestacional por vejez aumentaron en el número de contribuciones.
- e) La edad mínima para que determinada población pueda optar a la pensión por vejez aumentó en dos años.

No obstante, la Corte de Constitucionalidad argumentó que las dificultades financieras que el Estado enfrente en un momento dado pueden dar lugar a establecer medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social; sin embargo, remarcó que ello debe ser racional y proporcional al fin que se pretende alcanzar, con lo cual agregó dos elementos de ponderación:

D. Elemento de la razonabilidad

Se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso y relevante que justifique una intervención en el seno de los derechos fundamentales.

E. Elemento de proporcionalidad

Implica analizar la idoneidad del medio empleado, la necesidad y ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto). De esa cuenta, se analiza si las medidas adoptadas son progresivas o regresivas y si son regresivas: *a)* buscan satisfacer un fin constitucional; *b)* son válidas para lograrlo; *c)* fueron evaluadas otras alternativas; *d)* no afecta el contenido esencial del derecho; y *e)* el beneficio que alcanza es proporcional al costo que previene.

IV. PONDERACIÓN EN TIEMPOS DE CRISIS FINANCIERA

La Corte de Constitucionalidad realizó el análisis de las medidas adoptadas de la forma siguiente:

A. Test de razonabilidad

La finalidad de las medidas regresivas adoptadas fue la de “evitar un déficit financiero al régimen de seguridad social”, lo cual resulta ser un fin constitucionalmente válido, porque está instituido como una función pública, nacional, unitaria y obligatoria.

B. Test de idoneidad

Por ser el emisor de la regulación denunciada un ente administrativo, la validez de su normativa se centra primordialmente en el cumplimiento de las facultades establecidas por la legislación que le rige. El ente regulador se basó en los estudios actuariales y en el artículo 44 de la ley que le rige (Ley del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social). Según dicho artículo, en caso de que una revisión actuarial indique déficit, lo que el legislador permite –incluso obliga– es reajustar los beneficios, reajustar las cuotas o contribuciones, mantener la escala de beneficios en proporción al índice de solvencia o aplicar esas tres medidas. Lo que permite el legislador reajustar, con fundamento en revisiones actuariales, son *a)* beneficios, *b)* las contribuciones, *c)* mantener los beneficios en forma proporcional a su solvencia, o *d)* incluso aplicar esas tres medidas; es decir, la norma permite reajustes financieros.

Las medidas regresivas se refieren a reajustes financieros y subjetivos en los beneficios y las contribuciones; por ende, poseen justificación legal y actuarial. Por lo tanto, los estudios actuariales

empleados y las normas legales aplicables justificaron, en forma idónea, los reajustes a los beneficios y a las contribuciones, por ser medidas válidas las de reducir un tanto los beneficios de las pensiones por invalidez o por vejez y el monto de contribuciones para acceder a este último.

Lo que no resultó ser idóneo, por no poseer fundamento legal, fue la medida de “aumentar la edad para acceder al programa de vejez”, pues la ley permite reajustes financieros y no subjetivos.

C. Test de necesidad

Consistió en un cotejo de medidas, entre las que inciden o intervinen en los derechos fundamentales en cuestión, comparando las medidas adoptadas por la regulación denunciada y las hipotéticas alternativas que podría haber adoptado el ente regulador, para determinar si tales alternativas hubieran sido igualmente idóneas a las adoptadas o si permitían alcanzar el objetivo buscado sin necesidad de afectar u ocasionar una intervención en el contenido del derecho fundamental. Si el resultado se refleja en el segundo supuesto, la medida adoptada es inconstitucional.

Según el artículo 44 de la Ley del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, los reajustes que se establezcan deben ser únicamente “*para la gradual eliminación del déficit*”, lo que conlleva a que las medidas adoptadas únicamente puedan establecerse en forma temporal, lo cual es conteste con el fin constitucional de “*procurar el mejoramiento progresivo*” y el de evitar un déficit financiero del régimen de seguridad social en determinado momento histórico. No obstante, las normas denunciadas no reflejaron un carácter temporal, sino perdurable, lo cual fue considerado como elemento de invalidación para las medidas adoptadas, pues no reflejaban la pretensión de guarecer temporalmente el régimen de seguridad social para evitar determinada situación deficitaria, sino convertirlas en atemporales, lo que resulta contrario al fin constitucional de “*procurar el mejoramiento progresivo*”.

El artículo 42 del Reglamento sobre Protección Relativa al IVS establece:

[...] cuando en un ejercicio financiero el total de los ingresos efectivos por concepto de contribuciones, y del rendimiento del Fondo de la Reserva Técnica, sea inferior al total de los egresos por concepto de prestaciones y gastos administrativos de este Programa, y sin perjuicio de lo establecido en el Art. 44 de la Ley Orgánica, el Instituto aumentará las tasas de contribución a un nivel que garantice el equilibrio financiero por un período no menor de cinco años, conforme a los estudios actuariales correspondientes [...].

Esto significa que el mismo Reglamento prevé las medidas financieras alternativas a adoptar en caso de déficit: “aumentar las tasas de contribución”. En este caso, no fue tomada esta alternativa, sino que fueron directamente reducidos los beneficios y su cobertura.

Otra alternativa que presenta ese mismo artículo es: “El indicado aumento de las tasas de contribución, podrá postergarse si el Estado aporta al Instituto los recursos necesarios para cubrir íntegramente el exceso de los egresos sobre los ingresos”; en consecuencia, el IGSS podía requerir al Gobierno central provisiones para cubrir sus necesidades financieras, previo a determinar la reducción de los beneficios de la seguridad social.

Al no constar que hubieran sido evaluadas las distintas alternativas (pues ante el estudio actuarial elaborado fue tomada la decisión de afectar beneficios alcanzados), no reflejó que las medidas adoptadas hubieran sido las más benignas dentro de las que podían acoger, tomando en cuenta que las medidas alternativas no afectarían los derechos a las pensiones por invalidez o vejez, por lo que no superaron el test de necesidad.

Lo que sí resultó superar el test de necesidad fue la de aumentar gradualmente el número de contribuciones para optar a la pensión por vejez, pues esa medida estaría dirigida a los afiliados activos que –en su momento– serán los beneficiarios del programa de vejez y que, atendiendo a que se estima que vivirán por más tiempo (según los estudios actuariales), su nivel de aportación debe ser proporcional al beneficio que obtendrán; además, ello se asemeja a la alternativa de “aumentar las tasas de contribución”, pues lo que efectuó el ente regulador fue un incremento gradual en el aporte para los casos futuros, en atención a los resultados reflejados en los estudios actuariales.

D. Test de proporcionalidad en sentido estricto

Fue empleado para ponderar si el grado de afectación de derechos prestacionales con las medidas regresivas era proporcional al grado de protección financiera del régimen de seguridad social que se pretendía, con base en la fórmula de la ponderación siguiente: “*cuanto mayor es el grado de afectación de los derechos a las pensiones por invalidez y vejez, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con las modificaciones al régimen de seguridad social*”. Para realizar la ponderación debida, la Corte de Constitucionalidad examinó cada una de las intensidades y los grados de realización, para luego determinar si cumplía o no ese juicio de ponderación. La valoración de las intensidades fue catalogada como: *grave*, *medio* o *leve*, escala que es equivalente por oposición a la de: *elevado*, *medio* o *débil*, para el caso de la realización.

“*El 0.5% de la remuneración base por cada seis meses de contribución que tenga el asegurado en exceso*” al cumplir 180 meses de contribución o más, conllevaba un aumento de 60 meses (5 años) a 120 meses (10 años) más de contribuciones, lo cual el tribunal consideró como una afectación *leve*, al tomar en cuenta que deriva de una expectativa a poder trabajar por más tiempo frente a un riesgo menor a accidentes o a una muerte temprana, según estudios actuariales y que el rubro en juego es mínimo (0.5%).

El 25% adicional de los pensionados de “*gran invalidez*” que no adquirirían el rubro de asignación familiar, calculado únicamente sobre el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración base, variaba una décima parte del monto calculado, lo que redunda en un 2.5% de diferencia con el cálculo sobre el 60% en el otro supuesto. Afectación que fue considerada *leve*, por estimar que la diferencia entre un supuesto y otro es la existencia de asignación familiar.

El aumento hasta de 60 meses (5 años) de contribución como condición para optar a la pensión de vejez fue considerada una afectación *leve*, porque derivó de una expectativa a poder trabajar por más tiempo frente a un riesgo para el régimen de seguridad social de que el beneficiario viva más del tiempo del periodo de sus aportaciones, según estudios actuariales.

En cuanto al fin constitucional de proteger el régimen de seguridad social, se considera que el grado de satisfacción es *elevado*, si se toma en cuenta el número de afiliados que posee el IGSS y que la pretensión de las modificaciones constituye la sostenibilidad del programa Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS) y que las prestaciones pecuniarias se puedan seguir otorgando a la población beneficiaria.

En consecuencia, el tribunal determinó que las tres medidas analizadas resultaron ser estrictamente proporcionales con el fin constitucional a satisfacer, por ser su afectación leve frente a la elevada satisfacción del otro.

Finalmente, la Corte de Constitucionalidad concluyó que las medidas regresivas que no habían superado alguno de los test realizados violaban el artículo 100 constitucional, por no ser razonables ni proporcionales, contrariando los principios de progresividad, no regresividad, racionalidad y proporcionalidad. En su declaratoria de inconstitucionalidad, emitió una sentencia atípica exhortativa por tratarse de derechos sociales prestacionales, para que el ente regulador dictara las normas necesarias en las que determinara en abstracto las situaciones de todos los beneficiarios del régimen en cuestión, con respecto a las medidas que debía regular de nueva cuenta.

V. CONCLUSIONES

1. Para la debida tutela de los derechos a pensiones sociales, se deben observar elementos de interpretación como: *a)* el elemento del mínimo existencial (que permite el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, evitando que se vulnere el derecho fundamental a la vida y a la inalienabilidad corporal); *b)* el elemento de progresividad (la interpretación de una norma de derechos sociales no puede realizarse de tal manera que resulte una disminución del goce, ejercicio y protección efectivos del derecho en cuestión); *c)* el elemento de no regresividad (prohíbe que el Estado dé marcha atrás a los niveles alcanzados de satisfacción de cierto derecho social); *d)* el elemento de la solidaridad (todos deben contribuir con el Estado para la realización del bien común); y *e)* el elemento de protección de la niñez, de la maternidad, de las personas con discapacidad y las

- de la tercera edad (porque el Estado debe principal protección a esas categorías de personas).
2. Las pensiones sociales prestadas a grupos vulnerables, como derechos fundamentales que son, resultan ser irreversibles, pues no puede desconocerse un mínimo ya reconocido por el Estado, y progresivos, ya que debe procurar mejorar esos niveles alcanzados.
 3. En caso de crisis financiera, las medidas que se adopten para evitar un déficit del sistema de pensiones sociales, que conlleven la afectación de estándares obtenidos –como elevar el número de contribuciones o retrasar la edad para acceder a la jubilación– deben ser racionales y proporcionales al fin que pretendan alcanzar. En consecuencia, deben estar basadas en la satisfacción de otro fin constitucional y ser válidas para lograrlo, haber evaluado otras medidas y determinar que las adoptadas eran las menos gravosas, y por ende necesarias; no pueden afectar el contenido esencial del derecho a la pensión social; y, por último, el grado de satisfacción para evitar el déficit del régimen de previsión social debe ser proporcional a la afectación del derecho a la pensión social. De lo contrario, las medidas serían arbitrarias e inconstitucionales.
 4. En caso de normas de seguridad social prestacionales declaradas inconstitucionales, la Corte de Constitucionalidad no puede declarar los efectos clásicos de expulsar del ordenamiento jurídico la norma nula al día siguiente de la publicación del fallo en el diario oficial, pues podría producir la desregulación de las medidas prestacionales, por lo que debe proyectar su expulsión en un tiempo prudente, en tanto el ente regulador emite la nueva normativa que supla la que será anulada.

VI. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

ALEXY, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, 20002, <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1658/4.pdf>.

_____, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo, una discusión sobre derecho y democracia*, trad. de Andrea Greppi, 2ª ed., España, Trotta, 2009.

RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1961.

B. Sentencias citadas

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, expediente 1743-2003, sentencia de fecha 26 de mayo del 2004.

_____, expediente 2274-2003, sentencia de fecha 26 de abril del 2004.

_____, expediente 568-2004, , sentencia de fecha 26 de abril del 2004.

_____, expediente 1205-2008, sentencia de fecha 17 de febrero del 2010.

_____, expediente 2863-2006, sentencia de fecha 25 de abril del 2007.

_____, expedientes acumulados 3, 4, 52 -2011, sentencia de fecha 6 de septiembre del 2012.



Esta revista fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de octubre de 2014. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.

Asesoría:

Coadyuvar con los catedráticos y estudiantes en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Particularmente, apoyar la elaboración de tesis, orientando el desarrollo de la investigación para que la misma constituya un aporte a la ciencia y cultura jurídico-social del país.

Consultoría:

Proporcionar apoyo técnico a personas y entidades que lo requieran o lo necesiten, sobre asuntos jurídicos y sociales, aplicando las experiencias obtenidas en las investigaciones.

Difusión:

Compartir con todos los sectores de la sociedad las investigaciones realizadas, con el objeto de participar activamente en la creación de una bibliografía que analice y aporte soluciones a los actuales problemas jurídicos y sociales.

Instituto de Investigaciones
Jurídicas –IJ–

Universidad Rafael Landívar
Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16
Edificio “O”. 2do. Nivel,
Oficina O-214
Apartado Postal 39-C,
Ciudad de Guatemala,
Guatemala 01016

Teléfono: (502) 2426-2626

Extensión: 2551

Fax: (502) 2426-2595

Correo electrónico: ijj@url.edu.gt

Página electrónica: www.url.edu.gt

ISSN 1409-4762



9 771409 476000 >



**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

Universidad Rafael Landívar