

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"LOS EFECTOS LEGALES INTER PARTES EN LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA"
TESIS DE POSGRADO

CRISTINA SANDOVAL SARAVIA DE CASTAÑEDA
CARNET 11160-06

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2017
CAMPUS CENTRAL

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO

"LOS EFECTOS LEGALES INTER PARTES EN LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA"
TESIS DE POSGRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR
CRISTINA SANDOVAL SARAVIA DE CASTAÑEDA

PREVIO A CONFERÍRSELE
EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO

GUATEMALA DE LA ASUNCIÓN, JUNIO DE 2017
CAMPUS CENTRAL

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.

VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO

VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO

VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS

SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO

VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

DIRECTORA DE CARRERA: MGTR. AIDA ELIZABETH GUADALUPE FRANCO CORDON

NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN

MGTR. MARCELO PABLO ERNESTO RICHTER

TERNA QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN

MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO

MGTR. JULIO SANTIAGO SALAZAR MUÑOZ

LIC. BRAULIA SANDRA EUGENIA MAZARIEGOS HERRERA

Guatemala, 05 de diciembre de 2016.

Autoridades Académicas
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar

De mi mayor consideración:

De conformidad con lo establecido en la Resolución del Consejo de esa Facultad, mediante la que se me designó como asesor de tesis de la Abogada Cristina Sandoval Saravia, indico lo siguiente:

1. La abogada mencionada desarrolló el trabajo de tesis titulado: **“EFECTOS LEGALES EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL EXTRANJERO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”**.
2. El trabajo mencionado fue elaborado siguiendo los requisitos establecidos en el Normativo de Tesis de esa Casa de Estudios.
3. La tesis desarrollada satisface el nivel académico exigido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, y constituye un aporte interesante a la investigación científica en materia de Derecho Corporativo y también de las demás ramas del Derecho relacionadas con la investigación.
4. La Abogada Sandoval Saravia cumplió con las indicaciones y aceptó las observaciones que durante el desarrollo de la investigación tuve la oportunidad de hacerle; situación que he podido confirmar al leer y analizar la versión final de la tesis que se someterá a la consideración del tribunal examinador. De esta cuenta, puedo asegurar que el trabajo es original e inédito, tal como corresponde a tareas de esta naturaleza.
5. El análisis de las formas de contratación, tanto en los aspectos mercantiles como laborales, más las consecuencias que estos contratos tienen en los ingresos fiscales del Estado y en las normas del Derecho Penal, el análisis y descripción de las normas internacionales involucradas en la contratación de extranjeros, los resultados obtenidos con la investigación, y las conclusiones y recomendaciones, tanto de orden científico, como de orden práctico, a las que se arriban en el trabajo, demuestran el conocimiento del tema abordado y el interés de que exista mayor atención, sobre todo en materia regulatoria, del tema que se analizó en el trabajo de investigación.
6. La tarea investigativa fue realizada convenientemente, siguiendo las premisas que en materia de investigación científica se le ha indicado a la abogada Sandoval

Saravia. Las normas invocadas y la bibliografía consultada y mencionada en el trabajo son las apropiadas para una tesis de sus características; en suma, el trabajo representa un aporte para el mejoramiento y progreso de la cultura jurídica en la República de Guatemala.

7. Por todo lo expresado precedentemente, mi dictamen es en SENTIDO FAVORABLE, y teniendo en cuenta que el trabajo se ha concluido satisfactoriamente, considero que es pertinente continuar con los trámites administrativos y académicos que correspondan, para que se desarrolle el examen de tesis por la terna evaluadora que la Facultad designe, como lo indican las reglamentos de esa Casa de Estudios.

Los saludo muy atentamente.

Marcelo Richter

Marcelo Pablo Ernesto Richter
ABOGADO

Guatemala, 1 de junio de 2017

**Honorables Miembros del Consejo
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Rafael Landívar
Ciudad**

Señores Miembros del Consejo:

Atentamente se hace de conocimiento, que por designación de los suscritos evaluamos el trabajo de tesis, titulado **“LOS EFECTOS LEGALES EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL EXTRANJERO EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”** elaborado por la Maestrante Cristina Sandoval Saravia, carné 1116006.

Durante el examen oral, se recomendó realizar algunas modificaciones de forma y fondo, entre ellas la modificación del título de la tesis con el objeto de delimitarla, quedando de la siguiente manera **“LOS EFECTOS LEGALES INTER PARTES EN LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA”**. La Licenciada Sandoval, fue acompañada por la M.A. Helena Carolina Machado Carballo a fin de incorporar lo requerido durante su evaluación, además de agregar otros elementos importantes, que hoy forman parte de la investigación final.

El desarrollo de los capítulos, los aportes personales, presentación y discusión de resultados, así como las conclusiones y recomendaciones, denotan que el estudio y análisis realizado sobre el tema, constituye un importante aporte para el sector empresarial y de abogacía, siendo un trabajo en que la autora denota acuciosidad, tanto en la investigación doctrinaria como el abordaje normativo, desarrollando con propiedad el tema.

Se considera que el presente trabajo de tesis, cumple satisfactoriamente los requisitos establecidos por la normativa universitaria, por lo que **EMITIMOS DICTAMEN FAVORABLE** y recomendamos dar continuidad al proceso de graduación de la Maestrante.

Atentamente,


M.A. Helena Carolina Machado Carballo


M.A. Julio Santiago Salazar Muñoz


Licenciada Sandra Eugenia Mazariegos Herrera





Orden de Impresión

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Posgrado de la estudiante CRISTINA SANDOVAL SARAVIA DE CASTAÑEDA, Carnet 11160-06 en la carrera MAESTRÍA EN DERECHO CORPORATIVO, del Campus Central, que consta en el Acta No. 0727-2017 de fecha 2 de marzo de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"LOS EFECTOS LEGALES INTER PARTES EN LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"

Previo a conferírsele el grado académico de MAGÍSTER EN DERECHO CORPORATIVO.

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 19 días del mes de junio del año 2017.

LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad Rafael Landívar



DEDICATORIA

A mi esposo Ángel y a mi hijo Luis Ángel, por su amor y apoyo incondicional. Gracias por acompañarme en este recorrido. No hubiese sido posible sin ustedes, son el motor que mueve mi mundo.

RESPONSABILIDAD: “La autora será el única responsable del contenido y conclusiones de la tesis”.

ÍNDICE

	Página
RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN	i
LISTADO DE ABREVIATURAS	ii
INTRODUCCIÓN	iii

CAPÍTULO 1

DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL

1.1. Antecedentes históricos de la migración	1
1.1.1 Primera etapa: Origen	1
1.1.2 Segunda etapa: Industria	2
1.1.3 Tercera etapa: Fin de la segunda guerra mundial	4
1.1.4 Actualidad: globalización	7
1.2 Generalidades sobre la migración laboral	9
1.2.1 Concepto	9
1.2.2 Nuevos conceptos de la migración laboral y migración calificada	12
1.3 Derecho internacional y derecho migratorio internacional	13
1.3.1 Concepto de derecho internacional	14
1.3.2 Derecho internacional de los derechos humanos	16
1.3.3 Derecho migratorio internacional	19

CAPÍTULO 2

CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS CON RELACIÓN A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, TRABAJOS Y TAREAS

2.1 Definición de contrato	22
2.2 Tipos de contratación contemplados en legislación guatemalteca	24
2.2.1 Contratos Civiles	24
2.2.1.a. Servicios Profesionales	24
2.2.1.b. Contrato de obra	27
2.2.1.c. Representación	28
2.2.1.d. Mandato	30
2.2.2. Contratos laborales	33

2.2.2.a. Clases de contrato de trabajo	35
2.2.2.b. Contrato por intermediarios	37
2.2.2.c. Tipos especiales de contratos de trabajo	39
a. Contrato de trabajo del personal de alta dirección	39
b. Contrato de servicio doméstico	41
c. Contrato de trabajo a domicilio	42
d. Contrato de trabajo parcial	44
e. Contrato de teletrabajo	45
2.2.3 Contratos típicos y atípicos mercantiles	46
2.2.3.a Generalidades	46
2.2.3.b Contrato de agencia	48
2.2.3.c Contrato de distribución	51
2.2.3.d Contrato de concesión	52
2.2.3.e Contrato de Franquicia	54

CAPÍTULO 3

INDICENCIA EN EL DERECHO LABORAL, DERECHO MIGRATORIO, DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO PENAL EN LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

3.1. Generalidades	58
3.2. Incidencia en del derecho laboral	59
3.2.1 Generalidades	59
3.2.2 Autorización para contratar extranjeros	64
3.2.2.a. Procedimiento para contratación	64
3.2.2.b. Procedimiento especial de solicitudes de permiso de trabajo	66
3.2.3 Leyes de organismos de Estado	67
3.2.4 Ley de contrataciones del Estado	71
3.2.5 Generalidades de las contribuciones a la Seguridad Social	72
3.3. Incidencia en el Derecho Migratorio	76
3.3.1 Generalidades	76
3.3.2. Ley de Migración	77
3.2.2.a. Generalidades	77
3.2.2.b. Visas	80

3.2.2.c. Clasificación de visas	81
3.3.3 Código de Migración	84
3.3.3.a Resumen del contenido el Código de migración	85
3.3.3.b. Contenido laboral en el Código de migración	95
3.4. Incidencia en el Derecho Fiscal	97
3.4.1. Generalidades	97
3.4.2. Impuesto sobre la renta	98
3.4.2.a. Rentas gravadas	100
3.4.2.b. Residencia fiscal	111
3.4.2.c. Establecimiento permanente	111
3.4.3. Impuesto al valor agregado	113
3.5. Incidencia en el Derecho Penal	117
3.5.1. Generalidades	117
3.5.2. Delitos	117
3.5.3. Faltas	122

CAPÍTULO 4

MARCO INTERNACIONAL APLICABLE EN CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

4.1. Generalidades	126
4.2 Convenios de la Organización Internacional de Trabajo	126
4.2.1. Convenio No. 97 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a los trabajadores migrantes	127
4.2.2 Recomendación No. 86 sobre los trabajadores migrantes	130
4.3 Convenios de las Naciones Unidas - Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos	132
4.3.1 Convención Internacional sobre la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias	133
4.4 Acuerdo Regional CA-4 para la extensión de la Visa única centroamericana, los alcances al tratado marco y la movilidad de personas en la región	135
4.5. Acuerdos Organización Mundial de Comercio	137
4.5.1 Acuerdo General Sobre el Comercio De Servicios	138

CAPÍTULO 5
EFECTOS LEGALES EN LA CONTRATACION DE EXTRANJEROS EN LA
REPÚBLICA DE GUATEMALA

5.1. Presentación, análisis y discusión de resultados	142
CONCLUSIONES	153
RECOMENDACIONES	155
REFERENCIAS	156
ANEXO	165

RESUMEN DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

El trabajo de investigación titulado *Los efectos legales inter partes en la contratación de extranjeros en la República de Guatemala*, realiza un análisis jurídico descriptivo de las distintas formas de contratación que pueden materializarse con personas foráneas, desarrollando inicialmente un recorrido de los antecedentes históricos de la migración, para llegar así al estudio de la migración laboral, migración calificada y del derecho migratorio internacional, además de realizar un examen y revisión específica en las diferentes normativas aplicables localmente en materia laboral, civil, fiscal, migratoria y penal, así como tratados y convenios internacionales que están relacionados con las derivadas contrataciones.

Para alcanzar los objetivos de, determinar los efectos legales inter partes y los tipos de contratación con personas extranjeras en la República de Guatemala, incluyendo dentro de tales efectos los vinculados con la materia laboral, fiscal, migratoria y penal, se elaboró un marco teórico desarrollado en cuatro capítulos y un capítulo final de presentación, análisis y discusión de resultados en el que se busca determinar las consecuencias legales relacionadas.

LISTADO DE ABREVIATURAS

OIT	Organización Internacional de Trabajo
ACNUR	Alto comisionado de las naciones Unidas para los Refugiados
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
ACUERDO CA-4	Acuerdo Regional CA-4 para la extensión de la Visa única centroamericana
DGM	Dirección General de Migración
MTPS	Ministerio de Trabajo y Previsión Social
CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
CT	Código de Trabajo, Decreto Número 1441
LM	Ley de Migración, Decreto Número 95-98
CM	Código de Migración, Decreto Número 44-2016
CC	Código Civil, Decreto Ley Número 109
LAT	Ley de Actualización Tributaria 10-2015
LIVA	Ley del Impuesto al Valor Agregado 27-92
AG	Acuerdo Gubernativo 528-2003
IGSS	Instituto Guatemalteco de Seguridad Social
ISR	Impuesto sobre la renta
LOJ	Ley del Organismo Judicial

INTRODUCCIÓN

El Estado de Guatemala como institución jurídica y política debe garantizar a los habitantes de la República el desarrollo integral de la persona, es decir, de procurar los medios necesarios para que el individuo se desenvuelva en todas las esferas de la vida humana, como la social, familiar, económica, cultural, entre otras.

La Constitución Política de la República de Guatemala es la norma suprema que contiene el conjunto de principios y reglas fundamentales del Estado. Entre los principios y derechos se incluye la libertad de locomoción, la cual expone que *“toda persona tiene la libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley...”*. Siendo así, la libertad de locomoción como garantía constitucional para cumplir con el desarrollo integral de las personas debe extenderse tanto a los guatemaltecos como a los extranjeros, es por ello que la inmigración hacia Guatemala debe ser entendida como una libertad con las limitaciones establecidas por la ley, cuyo objeto, entre otros, es asegurar el derecho al trabajo a sus habitantes sin perjuicio de dar un trato igualitario al que otros Estados le otorguen a los guatemaltecos (trato de reciprocidad).

De esa cuenta, surge también la normativa migratoria que tiene por objeto garantizar un eficaz ordenamiento migratorio, regulando la entrada y salida de nacionales y extranjeros del territorio nacional, así como la permanencia de éstos en el territorio, lo que se complementa con otras leyes ordinarias como el Código Civil, Código de Trabajo, Código Tributario, entre otras en lo que respecta a obligaciones de personas foráneas establecidas en el territorio guatemalteco.

Los alcances del trabajo de investigación titulado *“Los efectos legales inter partes en la contratación de extranjeros en la República de Guatemala”*, corresponden a un análisis jurídico de los efectos y consecuencias legales que impactan a las

partes involucradas de las derivadas contrataciones, así como de identificar y examinar los diferentes tipos de contratación que pueden ocurrir, consolidando por medio de este análisis los distintos efectos en materia laboral, migratorio y fiscal que ocurren en las ya citadas contrataciones. Además, presenta en el capítulo inicial un breve recorrido histórico de los antecedentes de la migración, así como una explicación sobre la migración laboral y la migración calificada y, muy importante sobre el derecho migratorio internacional. Asimismo, los temas tratados se relacionan directamente con la maestría de Derecho Corporativo, por ser este tipo de contrataciones un factor esencial en el ámbito empresarial y que, debido a la globalización e inversión extranjera es necesario conocer para que las respectivas empresas puedan desenvolverse bajo estrictos cumplimientos legales conforme lo establecen las leyes aquí consideradas.

Con esa finalidad, se desarrolla una descripción de los convenios y tratados en materia internacional que regulan y protegen al migrante, y entre otros aspectos, buscan proteger los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, creando principios internacionales, obligatorios entre sus miembros, en donde debe velarse esencialmente “la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes”, así como convenios sobre el comercio de servicios, que son examinados para arribar a las conclusiones del presente estudio.

Por lo expuesto se planteó la siguiente interrogante, *¿Cuáles son los efectos legales inter partes en la contratación de extranjeros en la República de Guatemala?* para ello se realizó una investigación jurídica descriptiva de las leyes ordinarias y tratados internacionales ratificados en Guatemala que contienen normativa laboral, fiscal, migratoria y cualquier otra relacionada con la contratación de extranjeros en la República de Guatemala.

Se planteó como objetivo general, determinar los efectos legales, entre los sujetos de las contrataciones de extranjeros en la República de Guatemala y como objetivos específicos, identificar los tipos de contratación de extranjeros en

Guatemala, establecer los efectos legales en materia laboral, definir los efectos legales en materia fiscal y establecer los efectos legales en materia migratoria y otras relacionadas en la contratación de extranjeros localmente.

El instrumento de la presente investigación fue un cuadro de cotejo, que se anexa, y en cual se determinan los efectos legales inter partes en la contratación de personas extranjeras utilizando como unidades de análisis las respectivas leyes y tratados internacionales ratificados en Guatemala que contienen normativa laboral, fiscal y migratoria y siendo los indicadores, los tipos de contratación o actividad que el extranjero realiza en el país.

En lo que respecta al límite u obstáculos del estudio, existe escasa doctrina con respecto a los efectos legales en la contratación de extranjeros, ya que éstos se limitan a las normativas territoriales de cada Estado, además de contar actualmente con dos normativas migratorias, siendo éstas la Ley de Migración Decreto Número 95-98 y Código de Migración Decreto Número 44-216, ambas vigentes que presentan distintas consecuencias en los indicadores aquí analizados. Sin embargo, tales límites se superan con apoyo de la normativa internacional que resulta como guía para identificar los derechos y obligaciones que devienen de este tipo de contrataciones, utilizando también legislación comparada como lo es el caso de la legislación española con lo que complementó la escasa referencia bibliográfica. Se logró realizar el análisis de ambas normativas migratorias, lo que resultó más que un obstáculo, una forma de conocer más a detalle cada una de ellas, identificando con mayor agilidad cada categoría migratoria e incidencias relacionadas.

Para alcanzar los objetivos planteados, se elaboró un marco teórico consolidado en cuatro capítulos y un capítulo final de presentación, análisis y discusión de resultados, los cuales en el siguiente orden contienen, antecedentes históricos de la migración, generalidades sobre migración laboral, relación entre el derecho internacional y el derecho migratorio internacional, los tipos más recurrentes de

contratación de servicios, trabajos y tareas reconocidos en Guatemala, un análisis de las leyes laborales, fiscales, migratorias, penales y otras, tales como la Ley del servicio civil y Ley de Contrataciones del Estado que, reconocen derechos e imponen obligaciones en las contrataciones con personas de distinta nacionalidad, entre otras. De igual manera, se consideró valioso realizar un breve análisis sobre el Código de Migración, ley ordinaria de reciente entrada en vigencia, lo cual aporta al objetivo de la presente investigación, pues se analizan los efectos legales desde la perspectiva legal de la ley de migración anterior y la actual. Igualmente, el presente análisis aporta por medio del anexo de la presente investigación un cuadro de cotejo práctico en donde se consolidan los efectos legales que resultan de la contratación de extranjeros que serán de fácil lectura y entendimiento para el sector empresarial que desee contratar extranjeros localmente y para extranjeros que deseen migrar al país. Se considera, además, que el contenido y desarrollo de la presente investigación será de gran aporte a los profesionales y estudiantes de carreras a fines que busquen conocer más a detalle los efectos legales que tales contrataciones conllevan, de una forma práctica y efectiva.

CAPÍTULO 1

DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MIGRACIÓN

La migración humana ha existido a lo largo de la historia por conquistas, colonizaciones, guerras, motivos políticos, culturales, entre otros. Dichos desplazamientos, forzosos o voluntarios, traen consigo una serie de consecuencias sociales, económicas y legales que resultan de suma importancia tanto para el Estado del que las personas emigran como del Estado receptor. El presente capítulo tiene como objetivo introducir al lector a los antecedentes históricos de la migración, desarrollando las principales etapas de su evolución y arribando de esta manera a la migración laboral, fenómeno actual que motiva el análisis de esta investigación que presenta además en los subsiguientes capítulos, consecuencias legales *inter partes* en la contratación de personal extranjero en la República de Guatemala.

1.1.1 Primera etapa: origen

Las migraciones se remontan a los propios orígenes del Homo Sapiens y es desde entonces que se viene fraguando el hecho migratorio. Derivado de los estudios basados en la genética se ha conocido de los desplazamientos de población de las últimas decenas de miles de años, lo que corresponde a los desplazamientos del ser humano actual.¹

Con el inicio de la sedentarización, hace unos diez milenios, se intensifica la explotación del territorio y aparecen los asentamientos permanentes. Con ello las estructuras y las relaciones culturales, sociopolíticas, económicas y territoriales se vuelven mucho más complejas. Se refuerzan los sentimientos de pertenencia a un territorio y a una sociedad.

¹ Universidad de Alicante. Sempero Souvannavong, Juan David. Geografía de las migraciones España: 2012. <https://personal.ua.es/es/jd-sempere/otros/otros.html>. Fecha de consulta: 7 de abril de 2017.

La movilidad adquiere un principio esencial: el de la ruptura, y con ella el desarraigo, los desequilibrios y la violencia que de ahora en adelante acompañarán a menudo el hecho migratorio. A los movimientos de la población ligados a los cambios medioambientales o a los recursos en un mundo poco habitado se añaden ahora las cuestiones político-religiosas, al principio invasiones y guerras entre reinos y más tarde conflictos religiosos o nacionales.²

Las migraciones evolucionan con el paso del tiempo, puesto que como lo menciona el demógrafo Kingsely Davis, citado por Álvaro Caballeros, fueron dos los factores que provocaron la migración: en primer lugar, la capacidad de adaptación que, gracias a sus herramientas y su lenguaje, los seres humanos poseen y en segundo lugar, el poder. A medida que crecían las poblaciones, las culturas comenzaron a diferir, y se desarrollaron las desigualdades entre los grupos. El primer factor brindó las llaves de las puertas de todos los rincones del planeta; el segundo configuró la forma, los mecanismos, las características históricas y sociales.³

La primera etapa de la migración resulta pues, de la propia naturaleza del ser humano, sus propias necesidades de emigrar derivado de desigualdades desarrolladas entre sus propias organizaciones, lo cual posteriormente fue desencadenándose en divergencias culturales y políticas que motivaron a tales personas movilizarse.

1.1.2. Segunda Etapa: Industria

La segunda etapa evolutiva de las migraciones, resulta con la industrialización, pues este período además de traer consigo transformaciones tecnológicas, sociales y económicas, también desarrolló cambios culturales en donde se intensificaron las migraciones internas entre países y también externas.

² Loc. cit.

³ Caballeros, Álvaro. *Migración internacional: Los rostros y los cuerpos de la globalización*. Guatemala. Mesa Nacional para las migraciones MENAMIG. 2002. p. 5

A esta etapa se le caracteriza como un período de liberalización e integración comercial (época comprendida a mediados del siglo XIX a 1913), ya que en dicha época se intensifica la movilidad de capitales y de mano de obra, en gran parte, esto obedeció a la disminución de los costos del transporte, pues por las nuevas tecnologías se tornó mucho más eficiente el barco a vapor, que fue el principal sistema para el traslado de mercancías entre los distintos continentes. Al mismo tiempo, la construcción de ferrocarriles en Europa, Rusia y Estados Unidos facilitó la consolidación de los mercados nacionales.⁴

Entre ese período, más de 52 millones de europeos migraron en forma permanente al extranjero, 32 millones hacia América del Norte. La primera ola migratoria, proveniente de Europa del norte, se extendió hasta finales de 1840 y obedeció a períodos de depresión, como en Alemania, o a la peste que atacó los cultivos de papa en Irlanda y que provocó un éxodo masivo. Esto aunado a que la apertura del mercado de tierras en Estados Unidos y las facilidades otorgadas por el Congreso a la naturalización de los extranjeros atrajeron a miles de europeos que veían en la compra de tierras una posibilidad de surgir. La segunda ola migratoria se produjo años más tarde debido al incremento de la migración desde los países del sur y del este de Europa.⁵

También América Latina y el Caribe atrajeron un número importante de inmigrantes europeos, motivados por el deseo de trasladarse al nuevo mundo en busca de tierras y oportunidades. Los gobiernos de dichas épocas impulsaron medidas orientadas a satisfacer las necesidades de mano de obra y a colonizar los territorios nacionales despoblados.⁶

Por estas razones surgen en esta etapa muchos elementos de las migraciones actuales: aumento sin precedentes del número de personas implicadas, el fenómeno pasa a ser un hecho individual, la irrupción de los factores económicos y psicológicos o la aparición de las políticas migratorias.⁷

⁴ Martínez Pizarro, Jorge (comp.), *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Naciones Unidas América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*. Santiago de Chile. CEPAL 2008. p. 31.

⁵ Loc. cit.

⁶ *Ibíd.*, p. 32.

⁷ Sempero Souvannavong, Juan David. *Op. cit.*

Se resume que las causas indirectas de las migraciones se derivan del contexto de los impactos de la industrialización: revolución tecnológica (transportes y comunicaciones), proletarización de la sociedad, desequilibrios entre regiones, transición demográfica. Entre las causas directas están los conflictos y persecuciones, la concienciación del malestar y el anhelo de modernidad.⁸ Este factor, junto con los grandes capitales acumulados durante el colonialismo y los desequilibrios en el mercado laboral, impulsó el proceso de industrialización y generó la migración en distintas direcciones.⁹

Como lo expone Humberto Muñoz, *et. al.*, el proceso de industrialización no consiste tan sólo en un cambio de técnicas de producción y en una diversificación mayor de productos, sino también una profunda alteración de la división social del trabajo esto aunado que una vez iniciada la industrialización, éste tiende a atraer poblaciones de áreas geográficas generalmente cercanas.¹⁰

Es así como la etapa de la industrialización generó un impacto sustancial en las migraciones, pues este proceso industrial no solo trajo consigo una transferencia de actividades sino de personas, generando de esta manera emigraciones en todo el mundo que impulsaron a que los gobiernos de los países involucrados crearan políticas encaminadas a la facilitación de la compra de tierras y propiedades a personas foráneas, incentivando más aún las inmigraciones.

1.1.3. Tercera etapa: Fin de la segunda guerra mundial

El fin de la segunda guerra mundial genera un precedente en las migraciones de personas, pues a raíz de ella se producen nuevas transformaciones que conforman el sistema migratorio actual y una de las causas más trascendentales de la migración: el trabajo.

⁸ Loc. cit.

⁹ Martínez Pizarro, Jorge (Comp.) Op. cit.

¹⁰ Muñoz, Humberto et. al., *Las Migraciones internas en América Latina*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Nueva Visión SAIC.. 1974. Página: 98

La etapa dorada de las migraciones fordistas hacia los países industrializados, se desarrolla entre el año 1945 y la crisis de los años 1970. El migrante trabajador y sólo trabajador (varón, joven, soltero, con poca formación) es la imagen clásica de las migraciones, la que muchos siguen teniendo hoy a pesar de que el fenómeno se ha vuelto más complejo que un ir y venir de trabajadores. El símbolo de esta época es el programa *gastarbeiter* (trabajador invitado) llevado a cabo en Alemania entre 1955 y 1973. Es allí donde se aplica mejor la idea de temporalidad y rotación de estas migraciones. Pero muchos otros países europeos como Holanda, Bélgica, Suiza, Francia o Reino Unido hacen venir por convenio o de manera espontánea migrantes para trabajar con la idea de que regresarán a sus países después de algunos años. El programa Bracero iniciado en 1942 al otro lado del Atlántico también entra en este esquema.¹¹

Durante esa misma época Inglaterra recibió más de 90,000 personas de los campos de refugiados y de Italia mediante el esquema de trabajador europeo voluntario. Bélgica utilizó un sistema similar hasta 1963 que consistió en emplear italianos en las minas de carbón y la industria del hierro y el acero. En 1945 Francia estableció una oficina nacional de inmigración encargada de coordinar el reclutamiento de trabajadores provenientes del sur de Europa.¹²

A mediados de los años cincuenta, el gobierno alemán empezó a reclutar trabajadores huéspedes o invitados por conducto de las dependencias que la Oficina Federal del Trabajo (Bundesanstalt für Arbeit) estableció para esos efectos en los países del Mediterráneo. El reclutamiento, las condiciones de trabajo y la seguridad social estaban regulados por acuerdos bilaterales entre la República Federal de Alemania (RFA) y los países de salida: primero Italia y luego Grecia, Turquía, Marruecos, Portugal, Túnez y Yugoslavia.¹³

¹¹ Martínez Pizarro, Jorge (Comp.), Op. Cit. p.36.

¹² Loc. cit.

¹³ *Ibíd.*, p.36.

El número de trabajadores extranjeros en la RFA aumentó de 95,000 en 1956 a 1.3 millones en 1966 y a 2.6 millones en 1973. Esta migración masiva obedeció a la expansión industrial acelerada y al mejoramiento de los métodos de producción.¹⁴

La mayoría de programas de reclutamiento externo de trabajadores terminó a fines de los años sesenta y comienzos de los años setenta, en gran medida porque se produjo una inmigración paralela a la contemplada en los programas oficiales. Resultaba más fácil entrar como turista y obtener un trabajo, incluso de manera ilegal, que intentar ser contratado en alguno de esos programas.¹⁵

Las migraciones internacionales, que desde el siglo XIX habían sido de la sobrepoblada Europa hacia los continentes “nuevos” pasan poco a poco a ser de los países pobres hacia los países ricos. Europa, que conoce una inversión de los flujos migratorios, empieza a surgir como nuevo destino de las migraciones.¹⁶

Después de la segunda guerra mundial, en Estados Unidos se promulgaron gradualmente varias leyes migratorias que obedecieron a la necesidad de establecer un mayor grado de restricción y control sobre la inmigración latinoamericana. La ley de reforma y control de la inmigración. Los resultados de la citada ley en 1986 constituyen un ejemplo de las dificultades que enfrentan los países para darle gobernabilidad al tema migratorio, pues muchas veces se produce un choque de intereses entre dos amplios sectores: la industria que requiere mano de obra barata, y los trabajadores locales, sea naturales o inmigrantes asentados, que rechazan la llegada de extranjeros debido a los efectos negativos en los salarios.¹⁷

Es así como se concluye que el fin de la segunda guerra mundial marca una gran referencia al sistema migratorio, en tanto que los países crean legislaciones encaminadas a la regularización migratoria de los extranjeros que se presentan a laborar

¹⁴ *Ibíd.*, p. 35.

¹⁵ *Loc.cit*

¹⁶ Sempero Souvannavong, Juan David. *Op. Cit.*

¹⁷ Martínez Pizarro, Jorge (Comp.), *Op. Cit.*, p. 36 y 37.

temporalmente a dichos países. Las figuras que anteriormente se expusieron, representan las figuras migratorias que continúan en la actualidad, lo cual manifiesta la importancia que tales migraciones representan a las poblaciones de los países inmigrados.

Por otro lado, el fin de la segunda guerra mundial también marcó el inicio de una nueva etapa de desarrollo en la que se distinguen dos períodos, el primero de 1945 a 1971, coincide con la época de Bretton Woods (en el complejo hotelero Bretton Woods, se resolvió la creación del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional y el uso del dólar como moneda internacional) y el siguiente, de 1970 hasta la actualidad, corresponde a la segunda globalización.¹⁸

Es así como la denominada tercera etapa también marcó la entrada a una nueva era, que es la que vivimos en la actualidad y que lleva por nombre globalización siendo ésta la cuarta fase que se desarrolla a continuación.

1.1.4 Actualidad: globalización

La interdependencia entre países alrededor del mundo ha unido mercados, culturas, economías, entre otros factores más que han generado que las relaciones internacionales formen parte de las vivencias diarias del ser humano comercial. La globalización, conocida como *“un fenómeno inevitable en la historia humana que ha acercado el mundo a través del intercambio de bienes y productos, información, conocimientos y cultura”* trae consigo una serie de cambios y revoluciones, forzosos o voluntarios, en todas las facetas del desarrollo humano.¹⁹

La actual fase de la globalización o *“mundialización desde el punto de vista de la economía”*²⁰ está íntimamente ligada al aumento de la movilidad humana, o dicho de otra forma, que la creciente interdependencia económica y comercial se acompañe del

¹⁸ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁹ Naciones Unidas. *Los objetivos del desarrollo del milenio*. <http://www.un.org/es/aboutun/booklet/globalization.shtml>. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.

²⁰ Remiro Brotóns, Antonio, et al. *Derecho Internacional*. España. Editorial Tirant lo Blanch. 2010. p. 52

aumento de la migración internacional.²¹ Podría afirmarse que dicha migración internacional se está constituyendo como una alternativa a la pobreza y ausencia de oportunidades de países periféricos y una forma de resistencia a las características del capitalismo subdesarrollado.²²

El desarrollo y difusión de las nuevas tecnologías, como las vinculadas a las comunicaciones, y la disminución de los costos relativos al transporte han permitido que migrar sea una opción factible para muchos. Aun cuando siempre es necesario contar con un capital para esos efectos, gracias a las redes sociales transnacionales establecidas a lo largo de los años en la actualidad el número de personas que tienen la posibilidad de desplazarse internacionalmente es cada vez mayor.²³

Por estas razones es que se han incrementado las restricciones al ingreso y permanencia de inmigrantes en Estados Unidos y la Unión Europea, principales destinos de la migración latinoamericana y caribeña que ha dado lugar a una emigración por conductos irregulares, incentivada por la demanda laboral e instrumentalizada por mafias que trafican con personas, lo cual sitúa a los derechos humanos en el centro de las preocupaciones que despiertan este desplazamiento.²⁴

El sistema migratorio que regula todo lo relativo al traslado de personas en el mundo, está forzado a adaptarse a los requerimientos que la globalización requiere, entre ellos la migración laboral, que es evidentemente necesaria para cumplir con los alcances del desarrollo comercial. En este contexto se debe entender que el concepto de la migración laboral abarca no únicamente la migración que está ligada a una relación de trabajo sino también a la migración como consecuencia de la inversión, de comercio y de prestación de servicios. Es por ello que los países, por medio de sus entes legislativos, por un lado incentivan y por otro limitan el traslado de personas, puesto que están obligados a velar

²¹ Caballeros, Álvaro. *Op. Cit.* p. 5

²² *Ibid.*, p.8

²³ Organización Mundial para las Migraciones. *La OIM y la migración laboral*. Ginebra, Suiza. http://publications.iom.int/system/files/pdf/labour_migration_infosheet_sp.pdf. Fecha de consulta: 28 de abril de 2017.

²⁴ Martínez Pizarro, Jorge (comp.) *Op. Cit.* p. 39 y 40.

por los intereses propios que, según se expone en algunas ocasiones han sido vulnerados.

1.2. GENERALIDADES SOBRE LA MIGRACIÓN LABORAL

La migración laboral como se ha expuesto anteriormente es una de las causas por las cuales las personas emigran a otro país, lo que buscan por medio de ésta, es el desenvolvimiento y crecimiento técnico, académico, profesional o económico en otro territorio distinto al de su origen. Previo a desarrollar las generalidades de la migración laboral, se consideró necesario revisar el concepto de la migración, para posteriormente arribar a la definición y generalidades de la migración laboral.

1.2.1 Concepto

La Organización Internacional de las Migraciones expone que la migración es el *“Movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos.”*²⁵

Asimismo, la migración es conocida como *“aquel desplazamiento o movimiento de población de un lugar a otro por causas económicas, sociales o políticas y dentro de dicho proceso puede darse la migración extra regional, consistente en movimientos de personas desde los países de una región hacia otras regiones del mundo.”*²⁶

²⁵ Organización Mundial para las Migraciones. Glosario sobre Migración. Ginebra, Suiza, 2006. http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf Fecha de consulta: 28 de abril de 2017.

²⁶ Bezares Cobar, Patricia. *Terminología Migratoria*. Guatemala. Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala MENAMIG. 2012. p.7

Ahora bien, en lo que respecta a la migración laboral, la Organización Internacional para las Migraciones la define como “*el movimiento de personas desde el país de origen a otro país con el objeto de trabajar*”.²⁷

Se concluye entonces que la migración laboral es el movimiento de una o varias personas de una unidad geográfica a otra, para ejecutar o desarrollar un trabajo o tarea, estableciéndose definitivamente o temporalmente en un lugar distinto a su país de origen.

1.2.2 Nuevos conceptos de la migración laboral y migración calificada

Como se desarrolló anteriormente, una de las causas de la migración de personas se debe al trabajo, según lo expone Humberto Muñoz, *et. al.*, uno de los factores de atracción de la migración es la demanda de fuerza de trabajo, entendida no sólo como generada por las empresas industriales sino también como resultado de la expansión de los servicios a cargo de las empresas capitalistas.²⁸ Es por ello que las migraciones contribuyen al intercambio comercial, cultural y biológico, y con esto ayudan a formar la conciencia universalista, que debe, en la actual evolución de la sociedad internacional, suceder al exclusivismo nacionalista de otros tiempos.²⁹

A lo largo del tiempo se han desarrollado distintos tipos de migración laboral, es decir, traslados definitivos o indefinidos, traslados temporales o intermitentes que devienen de trabajos por tiempos específicos o por proyectos. Por esta razón, es que, generalmente existen normativas que se encuadran a cada una de las figuras de la migración laboral.

Por su parte, varios autores han propuesto nuevos conceptos de la migración calificada, entendiéndose esta última como “*la migración de personas con cualidades excepcionales o de individuos o grupos pequeños capaces de ahorrar, invertir y generar conocimiento, tecnología y creatividad*”³⁰, por su parte la OIM define al migrante calificado como

²⁷ Martínez Pizarro, Jorge (comp.) Op. Cit. p.39 y 40.

²⁸ Muñoz, Humberto, et.al. Op. Cit. Página: 98

²⁹ De la Torre Recio, Teodoro. *Problemas de las migraciones internacionales*. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1946. p.153

³⁰ Meza Ramos, Eduardo, et. al. (comp.). *Migración calificada: Iniciativas de polos de atracción y retornos que promueven la circulación de elites. Cuarto seminario de desarrollo local y migración*. México. Red de Investigadores en Competitividad,

“Trabajador migrante que por sus competencias recibe un tratamiento preferencial en cuanto a su admisión en un país distinto al suyo. Por esas razones, está sujeto a menos restricciones en lo que respecta a la duración de su estadía en el país receptor, al cambio de empleo y a la reunificación familiar”.³¹ Tales conceptos son los siguientes:

- *Brain circulation (circulación de cerebros)*, Cross y Roger Waldinger citados en las Memorias del Seminario Permanente sobre Migración Internacional³², apuntan que en la actualidad muchos migrantes de alto nivel de capacitación, de importancia numérica creciente, son transitorios y retornan a su país después de una estadía breve o van a otro lugar del circuito internacional. Por su parte, Brooks y Ruthizer también citados en las Memorias del Seminario Permanente sobre Migración Internacional³³, mencionan que los profesionales transitorios ofrecen la ventaja de permitir a los empresarios satisfacer necesidades inmediatas de trabajo. Los contratos pueden ser por pocos meses o incluso semanas (en contraste, puede tomar cuatro años o más calificar a un obrero permanente).
- *Brain gain (ganancia de cerebros)*, en muchas partes del mundo el desarrollo de la internet parece acompañar el retorno de migrantes calificados y convencer a jóvenes graduados a no emigrar. Las habilidades y el espíritu empresarial importados por los retornados tendrían positivos efectos mediante la creación e inversión de negocios. Quienes retornan a su país no sólo generan empleos, sino también colaboran en capacitar a futuras generaciones para así asegurar la continuidad en oferta de mano de obra competentes para sus empresas.
- *Brain exchange (intercambio de cerebros)*, según Colin Williams citado en las Memorias del Seminario Permanente sobre Migración Internacional³⁴, establece que una nueva dimensión importante de la revolución de las tecnologías de la

Organizaciones y Desarrollo Regional (REDICODER). Unidad Académica de Economía de la Universidad Autónoma de Nayarit, 2011. <http://www.eumed.net/libros-gratis/2013/1265/#indice>. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.

³¹ Organización Mundial para las Migraciones OIM. Glosario sobre Migración. Op. Cit.

³² Castillo García, Miguel Ángel y Jorge Santibáñez Romellón, *Nuevas tendencias y nuevos desafíos de la migración Internacional. Memorias del Seminario Permanente sobre Migración Internacional*. Volumen II. México, 2007. p.49.

³³ Castillo García, Miguel Ángel y Jorge Santibáñez Romellón. Op. Cit. p. 49.

³⁴ *Ibíd.*, p. 49 y 50.

información y comunicaciones es la posibilidad de ofrecer contacto y desarrollo profesional sin requerir el desplazamiento de las personas. La retención en el país de especialistas de alto nivel será probablemente más fácil si los países en desarrollo pueden acceder a bases de datos desde cualquier parte del mundo y tener contacto electrónico inmediato con colegas del extranjero. Aneesh, A., también citado en las Memorias del Seminario Permanente sobre Migración Internacional, sostiene que mientras la práctica del flujo del “trabajo en línea” implica la migración de habilidades, pero no de personas, la migración física implica la migración de personas y de habilidades. Establece que el estudio de este tipo de actividad no puede considerarse parte de la literatura tradicional de la migración por las siguientes razones: primero, el trabajo en línea implica un contacto directo y físico, pero limitado con corporaciones en el país receptor; segundo, el trabajo en línea no puede entenderse como transnacional, ya que tiene lugar en los límites de las naciones; tercero, los trabajadores en línea están regulados por las legislaciones, impuestos y prácticas laborales generales de su país. Sin embargo, ellos traspasan las barreras nacionales llenando necesidades de empleo en sectores del otro país, al igual que los trabajadores migrantes.³⁵

Los conceptos ut supra expuestos, han sido también denominados y resaltados en varios artículos y estudios acerca de la migración laboral, entre otros, se destaca también el concepto del “*brain drain o drenaje de cerebros*”, que consiste en la movilización permanente de personas con fines laborales a un país distinto al de su origen. De esa cuenta, se concluye que tales denominaciones han surgido como consecuencia de las distintas maneras en que se manifiesta la migración laboral, que, en este estudio, se centra en la migración calificada que consiste, en el traslado de profesionales, científicos o de personas que poseen altos niveles de estudios o experiencia en determinada materia, que por demandas de otros países se desarrollan fuera de su territorio de origen. En tales denominaciones, se visualiza a la vez que, dependiendo del tipo de migración

³⁵ Ibid., p. 49.

en el país receptor, se impactará en las leyes laborales, leyes migratorias y fiscales, que es lo que se pretende identificar en la presente investigación, que se centra en la República de Guatemala.³⁶

La migración seguirá desempeñando un papel destacado en las relaciones regionales durante los próximos años. Pero, los supuestos subyacentes sobre las causas de la migración regional están cambiando de diferentes maneras y a distintos ritmos.³⁷ Es así como se arriba que, en definitiva y con el paso del tiempo, los juristas y las personas que se dedican a los estudios de las migraciones seguirán creando nuevos conceptos de la migración laboral, que se irán desencadenando por las nuevas tendencias y necesidades que a nivel mundial surjan con el traslado de personas.

1.3. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO MIGRATORIO INTERNACIONAL

Se considera de suma importancia definir y resaltar la relación entre el derecho internacional y el derecho migratorio internacional, considerando que la protección a los derechos inherentes al ser humano, deben ser garantizados sin importar fronteras, países o territorios. A continuación, se desarrolla el concepto del derecho internacional, su relación con el derecho internacional de los derechos humanos, y el alcance de éstos con relación al derecho migratorio internacional.

³⁶ Comisión Económica para América Latina y El Caribe. Pellegrino, Adella. CEPAL, *Drenaje, Movilidad, Circulación: Nuevas Modalidades De La Migración Calificada*. Uruguay, 2001. www.cepal.org/Celade/proyectos/migracion/Pellegrino.doc. P. 3.2.10. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.

³⁷ Papademetriou, Demetrios G, et. al. *Pensando regionalmente para competir globalmente: Aprovechar la Migración y el Capital Humano en Estados Unidos, México y el Caribe*. Instituto de Política Migratoria. Washington, D.C. 2013. Página: 6

1.3.1. Concepto de Derecho internacional

El derecho internacional es definido como el marco de principios acordados por los Estados que rigen la forma en que los Estados funcionarán juntos y ordena sus relaciones con cada uno. El término “derecho internacional” es sinónimo del término “derecho internacional público”.³⁸

Igualmente lo definen como el conjunto de normas jurídicas que, en un momento dado, regula las relaciones (derechos y obligaciones) de los miembros de la sociedad internacional a los que reconoce subjetividad en ese orden.³⁹

Es importante hacer la distinción en cuanto a que el “Derecho internacional” siempre significa derecho internacional público, no derecho internacional privado. El derecho internacional público es un sistema separado de leyes y no debe confundirse con el derecho internacional privado. Existe un número de ramas del derecho internacional público que corresponden a áreas en donde los Estados han decidido que se requiere regulación.⁴⁰

Con base en lo anterior se puede concluir que el derecho internacional, se entiende como el conjunto de normas que regula la relaciones entre Estados y que también es conocido como derecho internacional público.

Ahora bien, en lo que respecta al Derecho Internacional clásico, éste era un derecho entre Estados, en el sentido de que sólo los Estados eran sujetos del Derecho Internacional. El individuo era objeto de algunas de las reglas del Derecho internacional y, en el caso de que los Estados tuvieran obligaciones respecto de los individuos, los beneficiarios de aquéllas eran los Estados nacionales de tales individuos. Es decir, esas

³⁸Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Migratorio Internacional*. Volumen Uno: Fundamentos de Gestión de la Migración. P. 5.: http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf. Fecha de consulta: 3 de mayo de 2017

³⁹Remiro Brotóns, Antonio, et.al. . Op. Cit. p. 37

⁴⁰Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Migratorio Internacional*. Op.cit. p. 6

reglas no generaban derechos a favor de los Estados, y sólo éstos podían exigir su respeto.⁴¹

Esa concepción tenía por consecuencia que el Derecho internacional se desentendiera de la forma en la que un Estado trataba a sus nacionales: al maltratarlos no violaba los derechos de ningún Estado, ya que el trato a sus nacionales formaba parte de la jurisdicción exclusiva del Estado. Ningún Estado tenía derecho a intervenir a favor de los nacionales de otros Estados. El derecho internacional clásico reconoció muy pronto que los Estados debían tratar a los extranjeros de acuerdo con ciertos estándares de civilización, es decir de justicia.⁴²

De esta manera, el titular del derecho al respeto de las reglas relativas a la condición del extranjero no era el extranjero, puesto que los individuos no eran titulares de derechos internacionales, sino su Estado nacional que era el único legitimado para hacer suya la reclamación de sus nacionales mediante la institución de la protección diplomática.⁴³

Las reglas de fondo relativas a la condición del extranjero proceden en su mayoría de los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas a los que hacía referencia el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, y, en la actualidad el artículo 38 del Tribunal Internacional de Justicia. Tales reglas han sido presididas por los Tribunales internacionales, en particular por los tribunales arbitrales, y han servido de base para la elaboración de las reglas internacionales que protegen los derechos humanos.

Fue hasta 1945, en donde el Estado dejó de ser el único sujeto de Derecho Internacional y que su función exclusiva era regular las relaciones entre éstos. A partir de la adopción

⁴¹ Castillo, Mireya. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Tirant lo Blanch. España, 2003. p.36

⁴² Loc.cit.

⁴³ *Ibíd.* p. 41

de la Carta de las Naciones Unidas la situación cambia. El individuo se convierte en sujeto secundario del derecho internacional.⁴⁴

Según el autor Cesar Sepúlveda, el individuo se va colocando como un sujeto de cierta importancia, y para ciertas circunstancias, derechos y obligaciones internacionales, frente a los Estados. Ya van siendo muchos y constantes los ejemplos en los que el individuo es titular de derechos y también de deberes en relación al orden internacional.⁴⁵

La Carta de San Francisco fue el primer instrumento jurídico internacional global en el que se reconoce a la persona como titular de derechos consagrados por el derecho internacional; con su adopción se desechó la vieja idea según la cual el Estado podía tratar a sus habitantes en la forma que considerara conveniente, sin que los demás Estados o la sociedad internacional organizada pudieran intervenir.⁴⁶

El individuo deja así de ser un objeto del derecho internacional, constituyéndose en un sujeto con derechos, aunque no situado en pie de igualdad con el Estado, pero si un sujeto capaz de reconocer y exigir la garantía de sus derechos.

1.3.2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El movimiento internacional de los derechos humanos se fortaleció con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Fue redactada como “*un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse*”, en la Declaración, por primera vez en la historia de la humanidad, se establecen claramente los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos de los que todos los seres humanos deben gozar.⁴⁷

⁴⁴ Organización Internacional para las Migraciones. *Migraciones y protección de los derechos humanos*. Ginebra Suiza, 2005. p.12. <http://publications.iom.int/es/system/files/pdf/im4.pdf>. Fecha de consulta 20 de abril de 2017.

⁴⁵ Sepúlveda, Cesar. *Derecho Internacional*. México. Editorial Porrúa, 1979. p. 496.

⁴⁶ Organización Internacional para las Migraciones. *Migraciones y protección de los derechos humanos*. Op. Cit.

⁴⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *El derecho internacional de los Derechos Humanos*. 1996-2017. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017

El espíritu del derecho internacional de los derechos humanos es establecer las obligaciones que los Estados deben respetar, pues al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetarlos significa pues, que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos. La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos y la obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.⁴⁸

Se define también que el derecho internacional de los derechos humanos, es un conjunto de normas internacionales, convencionales o consuetudinarias, en que se estipula el comportamiento y los beneficios que las personas o grupos de personas pueden esperar o exigir de los Gobiernos, esto porque los derechos humanos son derechos inherentes a todas las personas por su condición de seres humanos.⁴⁹

Es así como la autora de la presente investigación arriba a que el derecho internacional de los derechos humanos, es un tipo especial de derecho internacional, en el que el ser humano o el conjunto de varias personas pueden exigir a los Estados, no necesariamente al de su origen, al cumplimiento de los derechos humanos sin importar su nacionalidad.

Es a través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, que los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados. En caso de que los procedimientos judiciales nacionales no aborden los abusos contra los derechos humanos, existen mecanismos y procedimientos en el plano regional e internacional para presentar denuncias o comunicaciones individuales, que ayudan a garantizar que las normas

⁴⁸ Loc. cit.

⁴⁹ Comité Internacional de la Cruz Roja. *Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos*. Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario. 2003 Disponible en línea: https://www.icrc.org/es/download/file/3649/dih_didh.pdf. Fecha de consulta: 29 de abril de 2017

internacionales de derechos humanos sean efectivamente respetadas, aplicadas y acatadas en el plano local.⁵⁰

Por lo que, la persona, sea cual sea su nacionalidad, va a ser protegida por el sistema jurídico internacional y además va a tener ciertos deberes que le impone también esa normativa.⁵¹

Dicha protección es provista por órganos, comisiones o Cortes internacionales que buscan garantizar el efectivo cumplimiento a los derechos humanos de las personas. Uno de ellos es el órgano principal de las Naciones Unidas, la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ha enunciado toda una serie de reglas relativas a la protección de los extranjeros, en su resolución A/RES40/144 de 13 de diciembre de 1985, conocida como la *Declaración relativa a los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del Estado en el que viven*.⁵²

En dicha Declaración, se reconoce que la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidas en los instrumentos internacionales deben garantizarse también para los individuos que no son nacionales del país en que viven, además de reconocer que los extranjeros gozarán, con arreglo a la legislación nacional y con sujeción a las obligaciones internacionales pertinentes del Estado en el cual se encuentren, en particular, de los siguientes derechos, la vida y seguridad, derecho a la igualdad ante los tribunales de justicia, a la libertad de pensamiento, el derecho a conservar su propio idioma, cultura y tradiciones, derecho a transferir al extranjero sus ganancias, ahorros u otros bienes monetarios personales, con sujeción a las reglamentaciones monetarias nacionales, el derecho a elegir cónyuge, a casarse, a fundar una familia, entre otros.⁵³

⁵⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *El derecho internacional de los Derechos Humanos*. Op. Cit.

⁵¹ Organización Internacional para las Migraciones. *Migraciones y protección de los derechos humanos*. Op. cit. p. 13

⁵² Castillo, Mireya. Op. Cit. p. 42

⁵³ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración relativa a los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del Estado en el que viven*. Adoptada mediante la resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.

Es así como se concluye que, el derecho internacional de los derechos humanos, que se desarrolla del derecho internacional, es el conjunto de normas y principios en el que todos los Estados se obligan a reconocer y garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de las personas, sin distinciones de nacionalidad y en donde estas últimas están investidas de exigir lo que como derecho les compete.

1.3.3. Derecho migratorio internacional

Históricamente, la migración era, en su mayoría, sólo regulada a escala nacional. La legislación nacional era el único derecho relevante en el campo de la migración. Con el incremento en la movilidad global, los Estados han comenzado a darse cuenta de que la migración ya no es algo que puedan gestionar por sí solos. Han reconocido la necesidad de la cooperación regional e internacional sobre el tema.⁵⁴

En lo que respecta al concepto, el derecho migratorio internacional según la OIM *“es una rama del derecho que se ha desarrollado durante el tiempo, y continúa desarrollándose conforme continúa la necesidad de la cooperación internacional”* y en términos básicos, estipula que *“el derecho migratorio internacional tiene que ver con las responsabilidades y compromisos internacionales que los Estados han adquirido. Estos compromisos y responsabilidades fijan límites en la autoridad tradicional que los Estados tienen sobre asuntos de migración.”*⁵⁵

En la actualidad se conoce que el emigrante busca horizontes y medios de vida que en su país le es difícil alcanzar, confía en mejorar su nivel de vida y tiene la idea de que es preciso asegurar su propia vida para desenvolverse en paz y tranquilidad.⁵⁶ Sin embargo, esta movilidad no depende únicamente de la voluntad del emigrante, sino de la soberanía del Estado emigrado, que debería ser el punto inicial de partida al momento de considerar

⁵⁴ Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Migratorio Internacional*. Op. cit. p. 3 y 4

⁵⁵ Loc. cit.

⁵⁶ Muñoz, Humberto, et.al. Op.cit. p.86

la emigración y el derecho migratorio internacional. Esto a raíz de que los Estados tienen autoridad sobre su territorio y su población, pudiendo decidir quién puede y quién no puede ingresar a su territorio ya que es su deber el de asegurar sus fronteras y decidir sobre las condiciones de ingreso y permanencia, así como sobre las condiciones de expulsión.⁵⁷

Es por ello que el derecho migratorio internacional surge, derivado de la suma de las diversas responsabilidades internacionales que devienen de la movilidad internacional de personas y que es considerada, además, como la rama del derecho en donde los Estados han buscado gestionar algunos aspectos de la migración a escala internacional. El derecho migratorio internacional tiene un ámbito que es difícil de especificar acertadamente pues cubre una red de relaciones legales, que pueden ser de Estado a Estado o de Estado a Individuo. Se encuentra a escala bilateral (en donde un Estado entra en arreglos con otro Estado), a escala regional y, a escala multilateral.⁵⁸

No existe entonces una legislación internacional que haya desarrollado las leyes de la migración internacional, por ser una rama del derecho que se ha desarrollado a través del tiempo y que continúa desarrollándose conforme continúa la necesidad de cooperación internacional y es por ello que la OIM resalta que “*no existe un tratado general sobre la migración internacional que se ocupe de los principios jurídicos fundamentales*”⁵⁹. No obstante ello, existe un número de normas y áreas de preocupación que limitan la autoridad de los Estados en asuntos de migración. Éstas son descritas en los puntos importantes señalados a continuación:⁶⁰

- Derechos Humanos
- No discriminación
- Libertad de movimiento

⁵⁷Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Migratorio Internacional*. Op. Cit. p.8

⁵⁸Loc. cit.

⁵⁹Opeskin, Brian, et. al. *Las bases del derecho internacional sobre la migración*. Organización Internacional para las Migraciones. Suiza, 2014. http://publications.iom.int/bookstore/free/Foundations_Intl_Migration_SP.pdf. Fecha de consulta: 9 de octubre de 2016.

⁶⁰Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Migratorio Internacional*. Página 8 http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf. Fecha de consulta: 3 de mayo de 2017

- Asilo
- No devolución
- Unidad familiar
- Garantías procesales en áreas como detención o expulsión
- El deber de los Estados para aceptar a sus ciudadanos que son retornados
- Acceso Consular
- Trata y Tráfico de Migrantes
- Otras áreas reguladas por acuerdos internacionales, por ejemplo, migración laboral o migración irregular

Los Estados también han suscrito un número vasto de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales, que centran su atención en asuntos migratorios y que se han convertido en parte del derecho migratorio internacional. Son muy numerosos para abordarlos aquí. Un área que debe resaltarse es la migración laboral que ha sido abordada a escala multilateral, a través de estándares y convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, así como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias. Existe también un gran número de instrumentos bilaterales entre países emisores y receptores que regulan esta área.⁶¹

Se concluye que el derecho migratorio internacional es una rama del derecho evolutiva, que se deriva del derecho internacional y que se especializa en la regulación de derechos de personas foráneas que circulan o se movilizan en un Estado distinto al de su origen, con el fin de que estos últimos reconozcan y garanticen los derechos humanos y otros derechos inherentes, que les pertenecen por el solo hecho de ser personas, y que sin importar su ubicación territorial deben ser garantizados. Esta garantía se realiza por medio de Tratados o Convenios internacionales y normativas territoriales implementadas en cada Estado.

⁶¹Loc. cit.

CAPÍTULO 2

CONTRATOS TÍPICOS Y ATÍPICOS CON RELACIÓN A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, TRABAJOS Y TAREAS

2.1. Definición de contrato

Partiendo de lo general a lo específico, es necesario reflexionar acerca de lo que es la contratación en general. Según Rubén Alberto Contreras Ortiz *“El contrato es el negocio jurídico bilateral, constituido por el acuerdo pleno, consciente y libre de voluntades de dos o más personas particulares, iguales ante la ley, que fundado en una causa lícita produce efectos jurídicos idóneos para crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones de naturaleza patrimonial”*.⁶²

De acuerdo a la definición anterior, el contrato es un negocio jurídico bilateral, es decir, debe existir un acuerdo de al menos dos o más personas, el cual, luego de obedecer causas lícitas produce efectos jurídicos.

Por su parte, Guillermo Cabanellas, define la contratación como *“el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, el contrato constituye una especie particular de convención cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones”*.⁶³

En efecto, *“El contrato únicamente será verdadera convención cuando produzca relaciones jurídicas entre dos o más personas, cuyo contenido sean a la vez obligaciones contractuales, es decir, determinantes de prestaciones o servicios, que por un lado originan compromisos de deber, y por otro fundamentan derechos a pedir la ejecución o no realización de una cosa, facultades que se traducen subsidiariamente en la*

⁶² Contreras Ortiz, Rubén Alberto Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles (parte general). Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. p.207.

⁶³ Cabanellas de Torres, Guillermo; *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, Editorial Heliasta, Decimosexta Edición, año 2003. P.279.

indemnización oportuna, cuando se falta al cumplimiento contraído voluntaria y libremente".⁶⁴

Consolidando las definiciones, que a criterio de la investigadora cumplen con las características de lo que es un contrato, se entiende que un contrato es un acuerdo de dos o más personas en donde se emanan compromisos o prestaciones por una parte y para la otra parte derechos para exigir el cumplimiento de determinado compromiso, para lo cual debe existir libertad y voluntad de las partes involucradas.

Ahora bien, en lo que respecta la legislación guatemalteca, específicamente *el artículo 1517 del Código Civil –CC- establece que “hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”*.⁶⁵

Es así como se concreta que, para que se origine un contrato debe existir un acuerdo de voluntades de dos o más personas, en donde se crean, modifican o extinguen obligaciones, el cual será válido y exigible toda vez éste tenga fines lícitos y las voluntades de las partes involucradas no se encuentren viciadas.

A continuación, se desarrollará una serie de contratos que tienen por objeto la prestación de determinado servicio, trabajo o tarea, los que serán analizados posteriormente, desde la perspectiva de que uno de los sujetos es extranjero, para poder arribar a los efectos legales que tales contrataciones conllevan. No se consideró como parte de la presente investigación profundizar en los derechos y obligaciones que cada contrato genera, ya que el objeto de este estudio es determinar los efectos legales que conlleva la celebración de estos últimos con extranjeros, entendiéndose que las obligaciones y derechos en general, son los mismos para las partes que los suscriben, sin distingos de nacionalidad.

⁶⁴ Enciclopedia jurídica OMEBA, tomo XX, Buenos Aires, Omeba:An calo. 1979. p. 247.

⁶⁵ Jefe del Gobierno de la República, Código Civil, Decreto Ley Número 106. Guatemala. 1973.

2.2. Tipos de contratación contemplados en legislación guatemalteca

La prestación de una actividad personal, gratuita o remunerada puede estar ligada a diferentes materias o puede ser pactada de distintas formas de acuerdo a la legislación guatemalteca. Es muy importante determinarlas de forma enunciativa más no limitativa, ya que dependiendo de la forma en que se pacten tendrán un efecto legal propio si éstos son realizados con personas extranjeras.

Seguidamente se exponen brevemente los tipos de contratos que pudiesen tener un impacto para lograr los objetivos de la presente investigación, es decir, se busca enlistar aquellos contratos que son más comunes y prácticos y que pudiesen causar efectos legales cuando se realizan con personas extranjeras y son pues, ejecutados de acuerdo a las leyes guatemaltecas.

2.2.1 Contratos civiles

Los contratos civiles surgen de la misma norma civil, en ella se plasman los que más adelante se señalan. Cabe mencionar que, por criterio de la autora de la presente investigación, se presentan los conceptos y generalidades de los contratos relacionados, en el entendido que el estudio de cada uno de ellos no son materia de este estudio, sino más bien de los efectos inter partes que surgen cuando éstos se suscriben o acuerdan con extranjeros, lo cual se analizará en el capítulo final.

2.2.1.a. Contrato de servicios profesionales

El contrato de servicios es el contrato perteneciente al derecho privado y de obligaciones, por el que una persona (el obligado) promete a otra (el titular) la prestación de servicios, es decir, de trabajo como tal (sin consideración a su resultado), y esta última promete por ello una remuneración de cualquier clase.⁶⁶

⁶⁶ Enneccerus, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Barcelona España. BOSCH, Casa Editorial. 1966. p.433

Asimismo, se entiende que este contrato es un convenio por virtud del cual un profesional, se obliga a prestar a una persona individual o jurídica, un servicio profesional a cambio de una retribución; al prestador del servicio se le denomina indistintamente el profesor o profesional, mientras al que solicita el servicio se le denomina el cliente; a la retribución se le conoce como honorarios profesionales o simplemente honorarios.⁶⁷

Es importante definir qué se entiende por profesión según el Diccionario de la Real Academia Española es “*Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución.*” Y se entiende por profesional, *dicho de una persona: “Que practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive.”*⁶⁸

En este tipo de contratos, el contenido y el modo de ejecutar la prestación de los servicios se regulan, en primer lugar, por el contrato, cuyas condiciones, sobre todo las tácitas, deben investigarse y completarse a tenor de la verdadera voluntad de las partes, teniendo en cuenta los usos del tráfico y las circunstancias concurrentes.⁶⁹

Por su parte, el CC establece en sus artículos 2027 al 2036 lo referente al contrato de servicios profesionales en donde se detalla que los profesionales que presten sus servicios y los que los soliciten, son libres para contratar sobre honorarios y condiciones de pago, que a falta de convenio la retribución del profesional se regulará conforme al arancel respectivo y entre otros asuntos, que el profesional está obligado a prestar sus servicios con toda dedicación, diligencia y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate.

La prestación de servicios profesionales tiene una limitante que expresamente manifiesta el ya citado cuerpo legal, ya que establece en su artículo 2036 que las personas que, sin tener título facultativo o autorización legal, presten servicios profesionales para los cuales la ley exige ese requisito, además de incurrir en las penas respectivas no tendrán

⁶⁷ De Buen L., Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo segundo. México, Editorial Porrúa. 2002. p. 126

⁶⁸ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 22a. Edición España. <http://lema.rae.es/drae/?val=profesi%C3%B3n>. 10 agosto 2017.

⁶⁹ Enneccerus, Ludwig. Op. Cit. p. 467

derecho a retribución además de ser responsables de los daños y perjuicios ocasionados. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal respectiva que se analizará en el siguiente capítulo en lo referente a las incidencias en materia penal.

Se desprende entonces que para poder prestar servicios profesionales para los cuales se exige ese requisito, es necesario contar con el título facultativo correspondiente, el cual la misma CPRG señala que solamente las universidades legalmente autorizadas podrán otorgarlos. Lo anterior sin perjuicio de estar colegiados profesionalmente, que lo estipula como una obligación expresa y que tiene como fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio.⁷⁰

De esa cuenta, se tiene claro que para los contratos en donde se exija el título profesional correspondiente, el profesional deberá estar colegiado activamente tal y como lo establece la CPRG y la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria la cual define a la *Colegiación* como la asociación de graduados universitarios, estableciendo además que dicha obligación aplica también para los profesionales incorporados en la Universidad de San Carlos de Guatemala y a los profesionales graduados en universidades del extranjero cuyo título sea reconocido en Guatemala.⁷¹

Es muy común en la actualidad, que las empresas utilicen de forma errónea este contrato, por un lado, al materializar una relación de este tipo con un no profesional y por otro, simulando una relación civil frente a lo que es una relación laboral. Sin embargo, con respecto a este último punto, es muy importante resaltar que puede existir una relación de trabajo con un profesional, es decir, cuando se contrata a un profesional, su contratación no será estrictamente por medio de los servicios profesionales, pues si existe una subordinación, dirección y demás condiciones de trabajo, puede pactarse como una relación de trabajo regida por las leyes de dicha materia.

⁷⁰ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985. 1985. Artículos 89 y 90

⁷¹ Congreso de la República. Ley de Colegiación Profesional Obligatoria. Decreto Número 72-2001. Publicada el 21 de diciembre de 2011. Artículo 1

2.2.1.b. Contrato de obra

Por el contrato de obra se obliga una de las partes (el empresario) a producir un resultado de trabajo (obra), y la otra parte (el comitente) a pagar una remuneración.⁷²

La conclusión del contrato de obra no está sujeta a forma alguna, en este contexto, se entiende por obra, en el sentido de este contrato, todo resultado a producir por la actividad o por el trabajo. Por ejemplo, la producción o modificación de cosas, el transporte de personas o de cosas, la realización de una labor científica o la creación de una obra artística material o inmaterial.⁷³

El contrato de obra también es conocido como el arrendamiento de obras, según los autores Ambrosio Colin y H. Capitant, se designa con el nombre arrendamiento de obras o contrato de empresa, un contrato sinalagmático por el cual una de las partes se obliga a hacer un trabajo de un orden cualquiera, tal como construir edificios, fabricar o componer un mueble, transportar viajeros o mercancías, defender ante los tribunales, prestar asistencia a un enfermo, etc. mediante una remuneración determinada.⁷⁴

En efecto, el terreno de aplicación de este contrato se halla harto mal delimitado y muchas veces se hace sumamente difícil distinguirlo de otros contratos similares, cuyos efectos difieren de los suyos, como son el contrato de trabajo, el mandato y hasta en algunos casos, la venta.⁷⁵

Con respecto a los contratos de obra que tienen por objeto la gestión de un negocio se declaran aplicables muchas de las disposiciones relativas al mandato y principalmente en lo que afecta a la materia y límites de la gestión del negocio y a la extinción.⁷⁶

⁷² Enneccerus, Ludwig. Op. Cit. Página 508

⁷³ Loc. Cit.

⁷⁴ Colin, Ambrosio y H. Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, España. Instituto Editorial Reus, 1955. p. 481

⁷⁵ Loc. Cit.

⁷⁶ Enneccerus, Ludwig. Op. Cit. p. 508 y 509

Ahora bien, en lo que respecta a las particularidades de dicho contrato, es importante destacar que el empresario (o artífice) está obligado a realizar la obra de manera que tenga las cualidades prometidas y no padezca defectos que eliminen o disminuyan el valor o la utilidad para el uso corriente o previsto según el contrato.⁷⁷

Por otro lado, el comitente tiene una pretensión de cumplimiento a la realización de una obra exenta de vicios,⁷⁸ y está obligado a recibir y admitir la obra realizada conforme el contrato.⁷⁹

En lo que respecta a la legislación local, el CC regula en sus artículos 2000 al 2026 lo referente al contrato de obra o empresa, en donde se define a este contrato como en el que *“el contratista se compromete a ejecutar y entregar una obra que le encarga otra persona, mediante un precio que ésta se obliga a pagar”*. En tales artículos se detalla lo referente al riesgo de la obra durante el tiempo de ejecución y entrega, precio, obligaciones con respecto al cumplimiento de leyes municipales o autorizaciones para la construcción de obras, cuando aplique, entre otras.

Se arriba entonces que el contrato de obra o empresa es aquel en donde una de las partes se compromete a ejecutar y entregar determinada obra, tarea o servicio recibiendo por parte de la otra un precio.

2.2.1.c. Representación

Según la doctrina común, hay que distinguir entre representación otorgada por ley y representación conferida por el interesado. La representación del primer tipo se define negativamente como representación necesaria, dependiendo de un supuesto diferente al de la representación (llamada voluntaria) del segundo tipo, hallándose en el supuesto de

⁷⁷ *Ibíd.* p. 519

⁷⁸ *Ibíd.* p. 519 y 520

⁷⁹ Enneccerus, Ludwig. *Op. Cit.* p.530

ésta en un negocio jurídico del mismo interesado encaminado a conceder el poder de representación.⁸⁰

Para ello resulta vital establecer que la representación voluntaria, según Rotondi citado por Francisco Bonet, es la derivada del libre querer del sujeto, dirigido a atribuir a otro facultad de producir, mediante manifestación de voluntad autónoma también en su formación (por tanto, con la valoración personal de los elementos de hecho que influyen sobre la formación de la voluntad, etc.), efectos jurídicos que aquél asumiendo sobre sí, como si derivasen de la voluntad por él mismo formada y expresada.⁸¹

Es esencial señalar que la representación voluntaria no debe confundirse con el mandato, al igual que pueden existir representantes que no revistan la calidad de mandatarios, hay mandatarios que no son representantes. Es necesario distinguir claramente el acto de conferimiento del poder de representación, de la relación jurídica que constituye el lado interno. Además el otorgamiento del poder de representación, en sí mismo considerando, es siempre una declaración de voluntad con la que una persona autoriza a otra a obrar en su nombre y en su interés, y por tanto tiene reglas propias, bien sea dirigida a la persona que debe ejercitar el poder de representación o un extraño que deba tratado con aquella.⁸²

Por su parte, es importante traer a estudio lo que estipula el Código de Trabajo⁸³, ya que en su artículo 4 existe una excepción a las relaciones de trabajo y es el caso de los mandatarios, pues establece en su parte conducente que *“...los representantes del patrono son las personas que ejercen en nombre de éste funciones de dirección o de administración, tales como gerentes, directores, reclutadores y todas las que estén legítimamente autorizadas por aquél. Igualmente estipula que dichos representantes en sus relaciones con el patrono, salvo el caso de los mandatarios, están ligados con éste*

⁸⁰ Bonet Ramón, Francisco. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1959. Página 696.

⁸¹ Loc.cit.

⁸² *Ibíd.* p. 696 y 697.

⁸³ Congreso de la República de Guatemala. Código de Trabajo, Decreto Número 1141. Fecha de emisión 29 de abril de 1971

por un contrato o relación de trabajo...". Es decir que, las personas que ejercen una representación pueden estar ligadas a una relación de trabajo, o bien, a una relación civil. En este último caso, por medio de un mandato en la vía civil o incluso por medio de un nombramiento en la vía mercantil.

Igualmente, el artículo 351 del CT, establece tres tipos de cargos, siendo los de dirección, representación o confianza, los cuales pueden estar sujetos a una contratación distinta y no necesariamente la laboral, toda vez no exista una simulación y por ende, no existan en el mundo fáctico los elementos o condiciones de una relación de trabajo.

Lo anterior es muy importante ya que, dependiendo del tipo de contratación con cualquiera de los cargos expuestos, se tendrá un efecto legal distinto en la contratación de extranjeros. Siendo en el mundo práctico lo más común, de contratar personas extranjeras altamente capacitadas para ostentar este tipo de cargos, que no necesariamente están ligados a una relación de trabajo, sino más bien a una relación de índole civil que puede estar materializada en un contrato de servicios, de obra o mandato o bien como se estableció anteriormente, por medio de un nombramiento mercantil.

2.2.1.d. Mandato

En efecto, uno de los contratos más comunes en el mundo práctico y corporativo son los mandatos.

El mandato (contrato de mandato propiamente como tal), es el contrato por el cual una de las partes (el mandatario) se obliga hacia la otra (el mandante) a la gestión gratuita de negocios que se le encargan.⁸⁴

⁸⁴ Enneccerus, Ludwig. Op. Cit. p. 588

Según Ludwig Enneccerus, el mandato es un contrato imperfecto entre dos partes, pero no bilateral esto porque las obligaciones que muy frecuentemente surgen a cargo del mandante (por ejemplo de abonar los gastos, de resarcir un daño producido por culpa del mismo) no constituyen una remuneración o contrapartida de las obligaciones asumidas por el mandatario, además menciona que por la gratuidad el mandato se distingue del contrato de servicios y del contrato de obra.⁸⁵

Por otro lado, los autores Ambrosio Colin y H. y Capitant, detallan que el mandato o procuración es un acto por el cual una persona confiere a otra poder para hacer algo con destino al mandante y en su nombre.⁸⁶

Según el artículo 1686 del CC *“Por el mandato, una persona encomienda a otra la realización de uno o más actos o negocios. El mandato puede otorgarse con representación o sin ella. En el mandato con representación, el mandatario obra en nombre del mandante y los negocios que realice dentro de las facultades que se le hayan conferido, obligan directamente al representado (...).”*

Resulta importante resaltar que algunos autores distinguen este contrato con el contrato de arrendamiento de servicios en tanto que este último supone una subordinación del que arrienda sus servicios, obrero, empleado, ingeniero o director, que el mandato no lleva consigo. Ya que el mandatario conserva su independencia, su libertad de llevar como le parece el negocio que le ha sido confiado, además que el arrendamiento de servicios absorbe ordinariamente toda la actividad del arrendador, al paso que el mandato versa sobre uno o varios asuntos determinados.⁸⁷

Entre las obligaciones particulares de este contrato pueden indicarse las siguientes, el mandatario está obligado a gestionar diligentemente los negocios a él encargados, siendo responsable de toda culpa; que éste debe realizarse en persona y únicamente es

⁸⁵ Loc. Cit.

⁸⁶ Colin, Ambrosio y H. Capitant, *Op. cit* P.911

⁸⁷ Colin, Ambrosio y Capitant, H. *Op. cit* Página 917

sustituible si no existe prohibición; el mandante debe proveer de fondos al mandatario si éste se lo pide, entre otras.⁸⁸

La figura del mandato es muy utilizada por la facilidad que conlleva, además de no tener un proceso tan engorroso para su validez, se adapta fácilmente a las necesidades, no únicamente de una persona individual que delegaría una representación a un tercero, sino también de una persona jurídica. Como lo estipula el artículo 1715 del CC, pueden ser objeto de mandato, todos los actos o negocios para los que la ley no exige intervención personal del interesado.

Igualmente, no existe una prohibición o límite para otorgar mandato a persona de distinta nacionalidad incluso la ley prevé, que es válido el poder otorgado en el extranjero con sujeción a las formalidades externas prescritas por las leyes del lugar en que se otorga. Lo que debe de estudiarse son las consecuencias legales que se derivan de que una persona extranjera sea mandataria en la República de Guatemala y que todo poder otorgado en el extranjero debe contener ciertas formalidades para que tenga validez en Guatemala, pues según lo establecido en los artículos 37 y 38 de Ley del Organismo Judicial –LOJ-⁸⁹ todo documento proveniente del extranjero debe estar legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, además si están redactados en idioma extranjero deberán ser traducidos al idioma español y en caso de inscribirlos en registros públicos, caso del mandato, deberán ser protocolizados.

Es importante hacer mención del ya referido artículo 4 del CT, en donde se hace distinción a las relaciones de representantes del patrono vinculadas por medio de un mandato, en tanto que formula que en estos casos tales contratantes no están ligados a un contrato laboral o bien a una relación de trabajo, sino específicamente a un mandato con lo cual dicha contratación debe ser regida por leyes civiles.

⁸⁸ Enneccerus, Ludwig. Op. Cit. Página 596

⁸⁹ Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89. Fecha de emisión 28 de marzo de 1989.

2.2.2. Contratos laborales

El jurista Krotoschin define el contrato de trabajo como un contrato típico que sólo en algunos aspectos puede considerarse como una especie de la locación de servicios. Asimismo, señala que el contrato de trabajo es siempre un contrato de servicios, en el sentido que el trabajador está obligado a poner su fuerza de trabajo al servicio del empleador, aun cuando realiza actos o ejecuta obras, pues no debe el resultado de éstos sino únicamente el trabajo.⁹⁰

Por otro lado, Manuel Alonso lo define como una relación jurídica por virtud de la cual los frutos del trabajo pasan, “ab initio” desde el momento mismo de su producción, a integrar el patrimonio de persona distinta del trabajador y mantiene que, el contrato de trabajo es el título determinante de la ajenidad de los frutos del trabajo en régimen de trabajo libre.⁹¹

Por su parte, el autor Luis Fernández Molina establece que con el afán de resaltar la independencia de los principios y de las instituciones del derecho laboral, otorga preponderancia a la *relación de trabajo*, sobre el *contrato de trabajo*, sobre todo porque el *contrato* tiene una innegable raigambre civil lo cual lo vuelve eminentemente *contractual* y del derecho privado, y por ser el derecho laboral poco formalista y al ser el autor, anticontractualista le da prevalencia al hecho mismo de la *prestación del trabajo* a la relación laboral, ya que el aparato legal laboral interviene en forma automática y plena con el solo hecho de que una persona trabaje en relación de subordinación de un patrono, no pudiendo las partes pactar libremente todas las condiciones de trabajo, contrario sensu a una contratación de índole civil o un contrato en sí.⁹²

Resulta importante señalar lo que estipula el autor Krotoschin, con respecto a que, la celebración (o no celebración) del contrato de trabajo es libre para todas las personas capaces de contratar, en principio. En determinados casos pueden establecerse

⁹⁰ Alonso Olea, Manuel y María Emilia, Casas Baamonde. *Derecho del trabajo*. Madrid, España. Editorial Aranzandi, S.A. 2006. p. 57

⁹¹ Krotoschin, Ernesto. *Manual de derecho del trabajo*. Argentina. Ediciones Depalma. 1977. p.69

⁹² Fernández Molina, Luis. *Derecho Laboral Guatemalteco*. Guatemala. Editorial Óscar de León Palacios, 1996. p. 85 y 86.

relaciones de trabajo por imposición legal o administrativa. Por otro lado, ciertas prohibiciones relativas al trabajo de menores y de mujeres, de extranjeros o de inmigrantes, restringen la libertad de contratar.⁹³

Con respecto a la ley guatemalteca, el CT estipula en su artículo 18 que *“Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.”*⁹⁴

Igualmente el mismo cuerpo legal en su artículo 19 establece que *“para que el contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios...”*.

Es aquí en donde se comparte la opinión del jurisconsulto Fernández Molina, pues basta con que se inicie una relación de trabajo para que exista un contrato de trabajo, lo cual, frente al derecho civil, es poco formalista y más realista. Sin embargo, es importante recalcar que puede existir un contrato de trabajo sin que haya iniciado una relación laboral, y esto último vuelve un tanto civil la definición y el concepto de lo que es una contratación de trabajo.

Para continuar, no puede omitirse el criterio considerado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que sostiene que *“el contrato de trabajo es un contrato realidad, fundado en hechos objetivos y 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”*.⁹⁵

⁹³ Krotoschin, Ernesto. *Op. Cit.* . P. 59

⁹⁴ Congreso de la República de Guatemala. Código de Trabajo, Decreto Número 1141. Fecha de emisión 29 de abril de 1971

⁹⁵ Criterio emitido por la Corte de Constitucionalidad dentro de los expedientes números 1545-2007, 112-2007 y 2581-2007, sentencias de fecha 16 de octubre de 2007, 16 de agosto de 2007 y 26 de marzo de 2008.

Lo anterior resulta de valioso aporte ya que, aunque en un contrato de trabajo se estipulen condiciones distintas a lo que ocurre en el mundo práctico, se le dará preferencia a los hechos.

2.2.2.a. Clases del contrato de trabajo

El contrato individual de trabajo debe ser, en principio, considerado por tiempo indefinido, sin embargo, el CT establece tres clases que pueden ser acordadas de acuerdo a la realidad de la relación, es así como a continuación se desarrollan:⁹⁶

a.1 Contrato por tiempo indefinido

El contrato de trabajo es, por regla general, la base de una relación prolongada, duradera, consistente en prestaciones y contraprestaciones sucesivas, que es la relación de trabajo.⁹⁷

Se entiende que el contrato es por tiempo indefinido cuando en él no se fija término final predeterminado, de tal modo que las partes desconocen a priori la duración de la relación laboral.⁹⁸

Siendo el derecho laboral un derecho proteccionista para el trabajador la regla general de la contratación de trabajo al amparo del CT, es que ésta deberá ser pactada por plazo indefinido, tal y como lo contempla el artículo 26 de dicho cuerpo legal, que estipula “*Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario (...)*”. Lo anterior con el fin de brindar seguridad y permanencia al trabajador.⁹⁹

a.2 Contrato a plazo fijo

Las partes pueden limitar desde un principio la duración del contrato de trabajo, determinando su tiempo o subordinándolo a las modalidades de las tareas (obras o

⁹⁶ Congreso de la República de Guatemala. Código de Trabajo. Op. Cit. Artículo 25

⁹⁷ Montoya Melgar, Alfredo. *Op. cit.* p. 331

⁹⁸ Krotoschin, Ernesto. *Op. Cit.* p. 63

⁹⁹ Congreso de la República de Guatemala, Código de Trabajo. Op.cit.

servicios concretos). La particularidad de este contrato no consiste sólo en que, normalmente, se necesita preavisar para disolverlo, sino también en el hecho de que se considera el plazo convenido como el plazo mínimo de la duración del contrato.¹⁰⁰

El autor Julio Armando Grisolia, manifiesta que para que exista contrato a plazo fijo, debe llenar requisitos formales y materiales; los primeros deben ser realizados por escrito expresándose la causa y el plazo debe estar determinado (cierto), es decir que el trabajador debe saber de antemano cuándo va a terminar.¹⁰¹

Se debe tomar en consideración el criterio sostenido por la Corte de Constitucionalidad, que establece que el contrato de trabajo a plazo fijo es una modalidad contractual de ejecución sucesiva (porque la relación laboral se desarrolla a lo largo de un tiempo), que se caracteriza por la duración determinada (debido a que habrá una determinación del plazo de celebración convenido por las partes). Para este tipo de contratos, la duración determinada será cierta pues las partes establecerán de antemano el inicio y la finalización del contrato y para que resulte válido, deberá cumplir con: a) celebrarlo por escrito y b) otorgar preaviso de la extinción del contrato.¹⁰²

En consecuencia los contratos de trabajo a plazo fijo son aquellos que poseen un plazo determinado de terminación. Éstos se constituyen como la excepción, pues condiciona la relación de trabajo al convenirse que en determinado tiempo se finalizará la relación de trabajo, por ende este tipo de contratos debe atenerse a una circunstancia eminentemente temporal y para que sean válidos, deberán documentarse y se deberá avisar oportuna y previamente a su terminación.

a.3 Contrato por obra determinada

¹⁰⁰ Krotoschin, Ernesto. *Op.Cit.* p. 124 y 125.

¹⁰¹ Grisolia, Julio Armando. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Tomo I. Argentina. Editorial Abeleo Perrot, S.A. 2011. Página 508.

¹⁰² Criterio emitido por la Corte de Constiucionalidad dentro del expediente número 4145-2008, sentencia de fecha 24 de febrero de 2009.

Este tipo de contratos, que son para la realización de obra o de servicio determinado, se celebra para la ejecución de una actividad –obra o servicio- con autonomía y sustantividad propia y por tanto, limitada en el tiempo, aunque no se conozca en principio el alcance exacto de su duración, que ha de corresponderse, lógicamente, con la de la obra o servicio.¹⁰³

Por ende, según manifiesta el tratadista Fernández Molina lo que verdaderamente interesa en este tipo de contratación no es tanto el tiempo o la sujeción del trabajador con el empleador, sino el resultado de la obra.¹⁰⁴

Según la literal c) del artículo 25 del CT, el contrato es por obra determinada cuando se ajusta globalmente o en forma alzada el precio de los servicios del trabajador desde que se inician las labores hasta que éstas concluyan, tomando en cuenta el resultado del trabajo, o sea, la obra realizada.

En consecuencia, los contratos por obra determinada, igualmente constituyen una excepción a la regla, éstos deben ser convenidos y suscritos únicamente cuando exista la necesidad de ejecución de una obra y debe adaptarse a dicha circunstancia particular.

2.2.2.b. Contrato por intermediarios

En la actualidad existen varias formas de contratación, entre ellas se encuentra la figura del intermediario, en donde una persona contrata los servicios de otra para que se los preste a un tercero beneficiario. Según el tratadista Fernández Molina, pueden distinguirse dos variantes de intermediario: a. El agente colocador y b. El Cuasi-contratista.¹⁰⁵

¹⁰³ Montoya Melgar, Alfredo. *Op. Cit.* p.336

¹⁰⁴ Fernández Molina, Luis *Op. Cit.* p. 165.

¹⁰⁵ Fernández Molina, *Op. Cit.* p.122.

En el caso del agente colocador, se trata de alguien que se limita a relacionar a las partes y su remuneración se limitará a una comisión previamente convenida y una vez se inicia el contrato laboral, éste deja de tener comunicación entre las partes.¹⁰⁶

Se entiende entonces que la intervención del agente colocador es eminentemente temporal, pues al recibir su pago por la colocación del personal, la relación con éste se termina con las partes que suscriben el contrato de trabajo.

Ahora bien, y siguiendo con el análisis del tratadista Fernández Molina, el segundo que es el Cuasi-contratista, es alguien que, mantiene una estrecha y más permanente relación con las partes y obtiene una ganancia cuestionable, de la diferencia de precios.

En lo que respecta al CT, específicamente el artículo 5 establece que *“Intermediario es toda persona que contrata en nombre propio los servicios de uno o más trabajadores para que ejecuten algún trabajo en beneficio de un patrono. Este último queda obligado solidariamente por la gestión de aquel para con el o los trabajadores, en cuanto se refiere a los efectos legales que se deriven de la Constitución, del presente Código, de sus reglamentos y demás disposiciones aplicables...No tiene carácter de intermediario y sí de patrono, el que se encargue por contrato, de trabajos que ejecute con equipos o capitales propios.”*

De esa cuenta, se entiende que el intermediario queda obligado solidariamente con el patrono. Sin embargo, se debe tener claro que si la obra o trabajo a contratarse por medio de intermediario, es diferente a las labores o giro normal de la empresa beneficiaria, ésta última no tendría ninguna responsabilidad laboral frente a los trabajadores del contratista, por ende, no existiría una solidaridad patronal.

¹⁰⁶ Loc. cit

2.2.2.c. Tipos especiales de contratos de trabajo

A continuación, se enlistan y desarrollan brevemente los tipos especiales de contratación más comunes en práctica y que pudiesen tener un impacto al ser suscritos o realizados con una persona extranjera. Por lo que, se detallan los tipos no sólo establecidos en ley, sino los que la investigadora consideró más recurrentes en práctica.

a. Contrato de trabajo con personal de alta dirección

En los contratos con personal directivo, la elección de personas extranjeras altamente capacitadas es recurrente por evidentes razones, dentro de las personas consideradas de alta dirección se encuentran las que desempeñan funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo y entre ellas cabe distinguir entre el directivo no laboral, y el laboral, entre éstos el directivo alto y el directivo no tan alto.¹⁰⁷

El primer grupo son los administradores, consejeros o socios, quienes encarnan los órganos de la persona jurídica, es decir, representantes necesarios. Por otro lado, se encuentra el Alto directivo, quienes ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativo a los objetivos generales de la misma, sólo limitados por las instrucciones directas emanadas del dueño de la empresa o de los órganos de gobierno de ésta; Por último, el directivo del régimen común, entre ellos se incluye a los trabajadores normalmente intelectuales, altamente capacitados, con mando en la empresa, aunque no alto.¹⁰⁸

Es importante puntualizar lo establecido en el artículo 4 del CT, que establece *“Representantes del patrono son las personas individuales que ejercen a nombre de éste funciones de dirección o de administración, tales como gerentes, directores, administradores, reclutadores y todas las que estén legítimamente autorizadas por aquél.”*

¹⁰⁷ Alonso Olea, Manuel y María Emilia, Casas Baamonde Op. Cit, P.93

¹⁰⁸ *Ibid.* p. 93 al 101.

En la actualidad y por los efectos que ha conllevado la globalización, es muy común que las plazas de la alta dirección en las empresas sean ocupadas por personal extranjero altamente capacitado, inicialmente por la experiencia que éstos ostentan y por el vínculo de confianza que existe entre éstos y el cuerpo corporativo de las mismas.

En el artículo 351 del mismo cuerpo legal ¹⁰⁹, es en donde se diferencian los cargos que son de dirección, representación y confianza pues éste literalmente expresa que “Se consideran cargos de dirección aquellos en cuyo desempeño se dicten resoluciones que obliguen a todo o a la mayor parte del personal de una empresa, departamento o sección de la misma” ... “Son cargos de representación los que traen consigo la actuación de la voluntad del patrono e implican alta jerarquía o dignidad o la delegación de funciones que en principio corresponden a aquél.” ... “Se consideran cargos de confianza aquellos para cuyo ejercicio es básico que quien los desempeñe tenga idoneidad moral reconocida, y corrección o discreción suficientes para no comprometer la seguridad de la respectiva empresa”. El resaltado es propio.

Según lo establece el jurista Alfredo Montoya Melgar, “la característica de la posición de alto cargo es su [autonomía y plena responsabilidad], que no impiden su posición de dependencia respecto a los criterios e instrucciones emanadas de los órganos superiores de la entidad”. ¹¹⁰

El mismo autor indica que “el régimen jurídico del personal de alta dirección es “semi-laboral”, en un doble sentido: a) el intervencionismo normativo estatal retrocede ante la autonomía de la voluntad; y sobre todo, b) a falta de regulación reglamentaria o contractual, la legislación supletoria no es la laboral sino la civil y mercantil.”¹¹¹

¹⁰⁹ Congreso de la República de Guatemala, Código de Trabajo. Op.cit.

¹¹⁰ Montoya Melgar Alfredo, Derecho del Trabajo, Madrid España, Editorial Tecnos. 2007. p. 503.

¹¹¹ Ibíd. p. 504.

Lo anterior resulta importante ya que, es bastante común que con extranjeros se generen distintos vínculos, es decir, relacione en materia laboral, mercantil y civil, esencialmente con extranjeros que ocupan cargos de alta dirección ya que por una parte, representan a la empresa, generando de esta forma vínculos mercantiles por medio de nombramientos y actuaciones en representación de la sociedad, vínculos civiles con respecto a los mandatos que la entidad jurídica les otorga y por último vínculos laborales por los cargos de representación, dirección o confianza que están ligados a éstos por una relación de trabajo.

b. Contrato de servicio doméstico

Establece el jurista Alfredo Montoya Melgar que el contrato de servicio doméstico *“vincula al titular de un hogar familiar (figura que no coincide necesariamente con la de la cabeza de la familia, al permitirse que equivalga al simple titular del domicilio) con el servidor doméstico, llamando tal al que, en régimen de ajenidad y dependencia, presta su actividad al cuidado de un hogar o de quienes en él viven, así como al que realiza tareas complementarias tales como guardería, jardinería, conducción de vehículos, etc.”*¹¹²

Según los juristas Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia, el objeto de la relación en este tipo de contrato, *“son los servicios o actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección y el cuidado del hogar en su conjunto o de alguno de sus partes, el cuidado y atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas”*.¹¹³

¹¹² *Ibid.* p. 505.

¹¹³ Valverde Antonio Martín y Joaquín Gracia Murcia, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen III, España, Editorial Arazandi, SA, 2008. p. 2645.

En lo que respecta el CT, específicamente en el artículo 161 *“Trabajadores domésticos son los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseos, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sino de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono.”*

En suma, el contrato de servicio doméstico es aquel en donde se contrata a una persona para que realice los servicios o actividades relacionadas con el cuidado del hogar, que incluyen el aseo, asistencia, guardería, jardinería entre otros y con el cual no genera lucro o negocio para el empleador.

Es bastante recurrente, que el traslado de un extranjero altamente calificado a un país distinto al de su origen, se realice en conjunto con su familia o dependientes. Entre ellos, el o la empleada de servicio doméstico que, en efecto, debería ser igualmente de nacionalidad extranjera. Es por esta razón que la investigadora, considera oportuno incluir este tipo especial de contratos de trabajo ya que son comunes en práctica y es muy importante estudiar qué normativa aplica para este tipo especial.

c.Trabajo a domicilio

Se entiende por contrato de trabajo a domicilio *“aquel cuya prestación laboral se realiza en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario”*.¹¹⁴

De la misma forma, se considera como trabajo a domicilio, al trabajo realizado en la vivienda del trabajador o en un local elegido por él o en el local de un tallerista para un empleador o intermediario al cual corresponde la utilización de los resultados del trabajo y con esto, el riesgo y la ganancia empresariales.¹¹⁵

¹¹⁴ Montoya Melgar Alfredo, Op. Cit. p. 525.

¹¹⁵ Krotoschin, Ernesto. Op. Cit. p.327

La particularidad de este contrato consiste en una mezcla de independencia personal y dependencia económica y lleva en sí ciertos riesgos para el trabajador que no son los comunes del trabajo que se presta directamente en la empresa del empleador.¹¹⁶

Ahora bien, según el artículo 1 del Convenio Sobre el trabajo a domicilio (no ratificado por Guatemala pero se considera importante para el presente estudio), la expresión trabajo a domicilio significa, el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, que realiza: a) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador; b) a cambio de una remuneración; c) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales.¹¹⁷

Según Manuel Alonso, jurídicamente para que exista el trabajo a domicilio debe concurrir lo siguiente: a) Que exista un contrato de trabajo, b) Que el trabajo se ejecute en lugar libremente elegido por el trabajador; c) Que el trabajo se ejecute sin la vigilancia del empresario; d) Que los servicios se presten a un empresario, es sentido estricto, titular de una empresa o actuando por cuenta de éste.¹¹⁸

En lo que respecta al CT, se establece en el artículo 156 que *“Trabajadores a domicilio son los que elaboran artículos en su hogar o en otro sitio elegido libremente por ellos, sin la vigilancia o la dirección inmediata del patrono o del representante de éste”*.¹¹⁹

El trabajo a domicilio es claramente un sistema de descentralización de la actividad productiva empresarial lleno de riesgos y de posibilidades de pérdida o ineffectividad de los derechos laborales. Se admite, que este tipo de contratos está caracterizado por

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 177 Sobre el trabajo a domicilio, 1996. No ratificado por la República de Guatemala.

¹¹⁸ Alonso Olea, Manuel y María Emilia Casas Baamonde, Op. Cit. p.195 y 196.

¹¹⁹ Congreso de la República de Guatemala, Código de Trabajo, Op.cit.

prestarse sin la directa vigilancia del empleador y se desconcierta con lo que hoy se denomina trabajo a distancia, que es un fenómeno de descentralización de las actividades altamente cualificadas que manejan la moderna tecnología de ordenadores y videos interconectados (relación con el teletrabajo), y que responde a formas más tradicionales de trabajo como textiles, zapatería, artes gráficas, etc.¹²⁰

Es clara la singularidad de este contrato, por lo que se denomina especial por estas razones. Más aún, de analizar las consecuencias legales de suscribir un contrato a domicilio con algún extranjero, es decir, de un contrato a domicilio que se ejecuta en otro país.

d. El contrato de trabajo parcial

El artículo 1 del Convenio sobre el trabajo parcial, número 175 de la OIT, ratificado por la República de Guatemala el 28 de febrero de 2017 y que entrará en vigor el 28 de febrero de 2018, define como *trabajador a tiempo parcial* a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable.

Dicho Convenio detalla que la duración normal de la actividad laboral a la que se hace referencia puede ser calculada semanalmente o en promedio durante un período de empleo determinado y explica que la expresión *trabajador a tiempo completo en situación comparable* se refiere al trabajador a tiempo completo que a) tenga el mismo tipo de relación laboral; b) efectúe o ejerza un tipo de trabajo o de profesión idéntico o similar, y c) esté empleado en el mismo establecimiento o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en ese establecimiento, en la misma empresa o, cuando no haya ningún trabajador a tiempo completo en situación comparable en esa empresa, en la misma rama de actividad, que el trabajador a tiempo parcial de que se trate.¹²¹

¹²⁰ Palomeque López, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Madrid. Editorial Universitaria: Centro de Estudios Ramón Areces, 2007. p.499.

¹²¹ Organización Internacional del Trabajo ,Convenio 175 sobre el trabajo parcial, 1996. Ratificado por Guatemala el 28 de febrero de 2017 entrada en vigor 28 de febrero de 2018.

Por otro lado, estipula que no se considerará trabajadores a tiempo parcial a los trabajadores a tiempo completo que se encuentren en situación de desempleo parcial, es decir, aquellos que estén afectados por una reducción colectiva y temporal de la duración normal de su trabajo por motivos económicos, tecnológicos o estructurales.

Se considera de suma importancia este tipo de contrato por las obligaciones que pueden generarse para la empresa que contrate a un extranjero de forma parcial, en tanto que, el espíritu de dicho Convenio es asegurar la protección de los trabajadores que son contratados bajo esa modalidad, tanto en condiciones de trabajo como en seguridad social. Lo anterior dado que anteriormente la legislación laboral guatemalteca no contemplaba este tipo de contratos, aunque la CPRG ha sido clara expresamente en estipular en su artículo 102 literal g) sobre que el pago semanal deberá ser integro para aquellos trabajadores que laboren menos de la jornada de trabajo.

e. El teletrabajo

El teletrabajo consiste en una forma de organización y/o ejecución del trabajo que utiliza la tecnología de la información, donde la prestación del servicio se realiza fuera de las dependencias de la empresa, conforme a los términos acordados, con un horario que puede ser flexible y teledirigido (controlado por el programa informático).¹²²

Asimismo se detalla que el teletrabajo es una forma flexible de organización del trabajo que consiste en el desempeño de la actividad profesional, sin la presencia física del trabajador en la empresa durante una parte importante de su horario. Engloba una amplia gama de actividades y puede realizarse a tiempo completo o parcial. La actividad profesional en el Teletrabajo implica el uso frecuente de métodos de procesamiento

¹²² Valverde Antonio Martín y Joaquín Gracia Murcia. Op. Cit., p. 2766.

electrónicos de información, y el uso permanente de algún medio de comunicación, para el contacto del teletrabajador y la empresa.¹²³

Es muy importante diferenciar el teletrabajo con el trabajo a domicilio, en cuanto no son términos coincidentes, aunque haya formas de teletrabajo que se ajusten al modelo de trabajo a domicilio a las que la doctrina denomina como nuevo trabajo a domicilio vinculado a las nuevas tecnologías, frente al viejo trabajo a domicilio.¹²⁴

En conclusión, el teletrabajo es una de las modalidades de contratación que con el transcurso del tiempo ha adquirido más uso y por ende se ha convertido en un tipo de contrato habitual por el momento tecnológico que se está enfrentando en la actualidad. La globalización y la inversión extranjera traen consigo comunicación, interacción y compartimiento de trabajo entre fronteras. Igualmente, esta modalidad de trabajo es de beneficio para la mayoría de empresas, pues además de representar cierta flexibilidad y libertad para la relación de trabajo (se desprende una dependencia continuada, un horario estricto, etcétera), la empresa se ahorra gastos, como locales, parqueo, insumos y demás.

2.2.3 Contratos típicos y atípicos mercantiles

2.2.3.a. Generalidades

La clasificación clásica de los contratos, los distingue entre contratos típicos y contratos atípicos, considerando a los primeros como aquellos contratos que tienen una individualidad y unos efectos propios señalados por la norma jurídica. Y a los segundos, por exclusión, son aquellos negocios jurídicos que no están regulados por ninguna norma jurídica.¹²⁵

¹²³ Universidad Católica de Perú . Saco Barrios, Raúl. El teletrabajo. Perú. Características Socioeconómicas de Galicia. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Perú. 2006. P. 329. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2954/2857>. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.

¹²⁴ Valverde Antonio Martín y Joaquín Gracia Murcia Op. Cit., p. 2767

¹²⁵ Arrubla Paucar, Jaime Aberto. *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Bolivia. Editorial Biblioteca Jurídica. 1992. p. 24.

El contrato, como categoría, tiene tipicidad *in genere*, y al atípico, que no está reordenado o reorganizado en principio, solo podría aplicársele la regulación (tipicidad) que corresponde al presupuesto básico del que parte (el contrato), la concreta habrá que buscarla en cada caso.¹²⁶

De esa cuenta se estipula que los criterios de la teoría general de la obligación y del contrato son relevantes para la regulación de los contratos atípicos pues en términos generales dichos contratos están regidos por la voluntad de las partes, por las normas generales imperativas sobre contratos y obligaciones por las normas generales supletorias sobre contratos y obligaciones, por las disposiciones que contienen los contratos típicos a fines que sean compatibles con la economía y la finalidad del contrato atípico.¹²⁷

Es decir que los contratos mercantiles típicos, son los que están definidos y regulados por las leyes y los contratos mercantiles atípicos son aquellos que no están definidos en la norma y que son regidos por la voluntad de las partes que lo suscriben y por las normas imperativas de contratos en general.

Los contratos mercantiles se caracterizan por su agilidad y fácil adaptación a los requerimientos actuales de la vida moderna, en práctica es común que estos contratos sean confundidos con contratos laborales o civiles, específicamente en las representaciones en la operación de los negocios de las empresas, sin embargo cabe resaltar lo que contempla el Estatuto de Trabajadores de España en su artículo 2.1.f, citado por Alfredo Montoya, en tanto que *“considera especiales las relaciones de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas... sostiene que la legislación laboral es la aplicable a los mediadores que no quedan personalmente obligados a*

¹²⁶ López Cabana, Roberto M. Contratos especiales en el siglo XXI. Argentina. Editorial Abeledo-Perrot- 1999. p.12

¹²⁷ *Ibíd.* 16

responder del buen fin de las operaciones y que no asumen el riesgo y ventura de las mismas (...).¹²⁸

Es decir, uno de los factores para poder diferenciar un contrato mercantil con un contrato laboral o civil, es la responsabilidad personal de los riesgos que devienen de la intervención que se posee en la empresa, es decir: se debe verificar si el que interviene en la operación mercantil asume los riesgos de la empresa por su interposición, pues de ser éste el caso, podría definirse que la relación que lo une con la empresa es mercantil, mientras que, si el mediador no queda personalmente obligado a responder de las operaciones de la empresa, lo que lo une con ésta, es pues, una relación laboral o incluso, civil. Claro está que es una distinción general que debería siempre analizarse particularmente en cada caso, pero sin duda es un factor o característica que apoya en definir qué legislación es la aplicable.

A continuación se describen brevemente los contratos típicos y atípicos mercantiles que, a criterio de la autora, son los más recurrentes de la materia en la contratación de extranjeros a nivel local y cuyos efectos serán analizados en el capítulo respectivo.

2.2.3.b. Contrato de agencia

Es importante hacer mención de los contratos de agencia, que suelen tener distintas modalidades relacionados con la materia laboral y otros con la materia mercantil. En ambos casos es necesario evaluarlas y definir los efectos legales que pudiesen tener en caso sean realizadas por medio de una persona foránea.¹²⁹

En la agencia una persona encarga a otra la promoción de sus negocios, con o sin representación, de manera estable. No hay transmisión de la propiedad de cosas a vender entre las partes, ya que el agente actúa en nombre del principal o, sin representarlo, promueve negocios para su beneficio. El agente a diferencia del

¹²⁸ Montoya Melgar Alfredo, Op. Cit. p.511.

¹²⁹ Valverde Antonio Martín y Joaquín Gracia Murcia Op. Cit., p. 2985

concesionario, no tiene obligación de comprar, sino sólo de promover contratos. Asimismo, la relación con los terceros la soporta el principal. Hay un control importante del principal sobre el agente, de manera que si hay una venta debe ser aprobada por el principal.¹³⁰

La actividad de mediación y agencia para concertar operaciones de comercio con terceros por cuenta de una empresa puede desarrollarse en virtud de una relación laboral, común o especial, pero si realiza con autonomía organizativa y sin asunción del riesgo y ventura de la operación queda excluida de la legislación laboral. De esa cuenta, la agencia consiste en una labor de intermediación en el mercado desarrollada, salvo pacto en contrario, por cuenta ajena, pero de manera independiente.¹³¹

El autor Edmundo Vásquez Martínez define al contrato de agencia como *“Aquél por el cual un empresario mercantil (agente) se obliga a actuar de modo permanente, mediante una remuneración, promoviendo o celebrando contratos en nombre y por cuenta del otro (principal)”*.¹³²

La agencia es, un contrato de naturaleza eminentemente empresarial, mediante el cual una persona, denominada agente, promueve y comercializa determinados bienes o la prestación de determinados servicios en interés del productor o prestador de los mismos, percibiendo por ella cierta retribución que, en general, consiste en un porcentaje de las operaciones concertadas que se denomina comisión.¹³³

Es decir, el agente cuya denominación proviene etimológicamente de *agere*, actuar, deberá montar o adecuar una organización encaminada profesionalmente a promover negocios y clientela a través de la difusión y colocación de los bienes y servicios del comitente en una zona determinada. El agente de comercio entabla con su comitente una relación establece de colaboración desde su organización autónoma y si bien podrá tener

¹³⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit P. 528

¹³¹ Valverde Antonio Martín y Joaquín Gracia Murcia Op. Cit., p. 2986

¹³² Vásquez Martínez, *Instituciones del Derecho Mercantil. Guatemala*, IUS Ediciones.2012. p. 609.

¹³³ Barbieri, Pablo C. Op. Cit. Página 141

una relativa subordinación operativa con aquél, no tendrá subordinación jurídica ni mucho menos dependencia.

Según el artículo 280 del Código de Comercio son agentes de comercio, las personas que actúen de modo permanente, en relación con uno o varios principales, promoviendo contratos mercantiles o celebrándolos en nombre y por cuenta de aquellos. Los agentes de comercio pueden ser: 1) Dependientes, si actúan por orden y cuenta del principal, forman parte de su empresa y están ligados a éste por una relación de carácter laboral; 2) Independientes, si actúan por medio de su propia empresa y están ligados con el principal por un contrato mercantil, contrato de agencia.¹³⁴

- Dependientes

Según el artículo 287 del mismo cuerpo legal el agente dependiente, debe cumplir su encargo de conformidad con las instrucciones recibidas y proporcionar al principal, cuando éste se lo solicite, informaciones pertinentes con la relación al mercado o a los diferentes negocios realizados o por realizarse por intermedio del agente. Salvo lo dispuesto en este capítulo, las obligaciones del agente dependiente, se regirán por lo convenido entre éste y el principal. Lo que significa que este tipo de relación es de índole laboral por lo que será regulado por las leyes relacionadas con dicha materia.

- Independientes

Según el artículo citado anteriormente, las relaciones entre el principal y el agente independiente, salvo lo dispuesto en ese capítulo, se regirán por lo convenido entre ambas partes. En todo caso, dichos convenios no afectarán los contratos celebrados y los pedidos y ofertas aceptados entre la gente independiente y terceros de buena fe, por lo que se entiende que la relación será de índole mercantil.

El contrato de agencia se adapta a las necesidades actuales de las empresas no solamente nacionales sino internacionales, que desean efectuar actividades mercantiles

¹³⁴ Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala. Decreto Número 2-70. Fecha de emisión 28 de enero de 1970.

y de inversión alrededor del mundo, por ello es muy común que los agentes muchas veces sean representados por extranjeros que evidentemente representan empresas transnacionales.

2.2.3.c Contrato de distribución

Es el contrato mediante el cual se asume el compromiso de vender a otro, en forma estable y exclusiva, productos en una determinada zona. No hay representación, hay transmisión de propiedad y, como consecuencia de ello el distribuidor soporta las consecuencias frente a terceros que no se trasladan al proveedor. A diferencia de la concesión, el distribuidor no suele integrar un sistema, ni estar sujeto a una unidad de decisión centralizada, ni operar bajo la marca del concedente.¹³⁵

Según el tratadista Argedi, citado por Ricardo Lorenzetti, el contrato de distribución es aquel en que el empresario comercial actúa profesionalmente por su propia cuenta, intermediando en un tiempo más o menos extenso, y negocio determinado, en una actividad económica que indirectamente relaciona al productor de bienes y servicios con el consumidor.¹³⁶

Mediante este contrato una determinada empresa productora de bienes, recurriendo a otras empresas o personas, logra que su producción en masa llegue con más facilidad a distintos lugares y a los más diversos clientes, obteniendo porciones cada vez más crecientes del mercado de consumidores.¹³⁷

En este contrato el distribuidor adquiere el dominio de los bienes que produce por el distribuido para comercializarlos (distribuirlos), a otros comerciantes o a los consumidores finales. Es decir que la distribución tiene por objeto la comercialización de cosas, pero

¹³⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Argentina. Rubinzal – Culzoni Editores. 2007 p. 528

¹³⁶ *Ibíd.* p. 520

¹³⁷ Barbieri, Pablo C. *Contratos de empresa*. Argentina. Editorial Universidad. 1998 p.157

también puede comprender servicios si constituyen el negocio del distribuirlos y deseara negociarlos a través de los distribuidores.¹³⁸

Es importante mencionar que la distribución ha evolucionado dejando de ser sólo un contrato inter partes, de alcance bilateral, para involucrar un espectro más amplio de vínculos, pues ha evolucionado a cadenas de distribución, redes e hipermercados de consumo.¹³⁹

2.2.3.d Contrato de concesión

La concesión tiene diversas acepciones. Una de ellas proviene del derecho administrativo y consiste en aquella relación por la cual un particular llamado concesionario recibe la autorización de la administración para atender un servicio público a su riesgo y por un tiempo determinado, percibiendo de los usuarios las tarifas aprobadas.¹⁴⁰ Otra de sus acepciones y según Marzorati citado por Roberto López , es que en este contrato, el concedente otorga o concede un privilegio de reventa exclusiva de productos favor de un comerciante independiente, en virtud del cual el concesionario para asegurar su lucro debe resignar parte de su autonomía jurídica, subordinando e integrando su actividad económica a los recaudos que con carácter uniforme para la red de distribución le requiere la concedente.¹⁴¹

El tratadista Champaud establece que el contrato de concesión mercantil surge cuando *“un comerciante, concesionario, pone su empresa de distribución o de venta en su caso, para asegurar exclusivamente un territorio determinado, durante un período de tiempo limitado y bajo la vigilancia (dirección del concedente), la distribución de sus productos, de los que se le ha sido concedido el monopolio de reventa”*.¹⁴²

¹³⁸ López Cabana, Roberto M. Op. Cit . p.32

¹³⁹ Ibid. p. 522

¹⁴⁰ Ibid..p.33

¹⁴¹ Loc. Cit.

¹⁴² Tosi Gori, Fernando. *El Contrato de Concesión Comercial*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Fernández. 1979.p. 522

Por otro lado, se entiende que en el contrato de concesión mercantil o comercial una parte (fabricante o concedente) autoriza, habilita y concede a otra (concesionario), la posibilidad de integrarse en su red de distribución para adquirir bajo determinadas condiciones sus productos de marca (generalmente una marca notoria o renombrada), con vistas a su posterior reventa a terceros, habitualmente en una zona territorial exclusiva pactada de antemano, valiéndose de la imagen de marca del principal y según las directrices de marketing, calidad y, en su caso, asistencia técnica predispuestas por aquél para toda su red de concesionarios.¹⁴³

En conclusión, es un contrato cuyo objeto es la distribución de bienes. El concedente otorga al concesionario una zona exclusiva, permite la utilización de la marca y signos distintivos y transfiere al concesionario la propiedad de los bienes para la venta a terceros. El concesionario vende los bienes, se somete a control del concedente y en algunos casos, acepta patrones de conducta sobre las ventas. Actúa en nombre propio frente a terceros, soportando los riesgos.¹⁴⁴

La concesión implica la obligación del concedente de utilizar al concesionario para la distribución de sus productos, permitiéndole el margen de utilidad de la reventa pero recibiendo a cambio múltiples contraprestaciones, por incorporar los servicios del concesionario a su red de distribuidores y obtener un servicio de post-venta para sus productos, principalmente.¹⁴⁵

Ahora bien, según el artículo 289 del Código de Comercio son distribuidores o representantes, quienes, por cuenta propia, venden, distribuyen, promueven, expenden o colocan bienes o servicios de una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, llamada Principal a quien están ligados por un contrato de distribución o representación.

¹⁴³ Carbajo Cascón, Fernando. “La distribución comercial (I-2) Aspectos Contractuales” EN: Iustitias – Revista de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas. Colombia. Universidad Santo Tomás. 2011. p.312.. <file:///C:/Users/csandoval/Downloads/902-2036-1-SM.pdf>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2017.

¹⁴⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. p.528 y 529

¹⁴⁵ Arrubla Paucar, Jaime Aberto. Op. cit. p.325

El contrato de concesión es un contrato mercantil atípico en donde el concesionario actúa a nombre y por cuenta propia frente a terceros y se delega a éste la facultad de vender sus productos con exclusividad en una zona determinada. El concesionario compra una mercadería que luego vende a su propio nombre, quedando así vinculado con el comprador, por lo tanto el concesionario se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente y prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

En casos prácticos es común que se genere duda si ese vínculo está o no sujeto a una relación de trabajo, la respuesta a esa interrogante, es que si existen indicios en el mundo fáctico de condiciones o elementos de una relación de trabajo, será pues una relación laboral pero la regla es que este tipo de contrataciones sea de índole mercantil, pues son contratos propios de dicha naturaleza, por tal razón es que están normados en una ley mercantil.

2.2.3.e. Contrato de franquicia

En el ámbito mercantil el franchising o franquicia, es una forma atípica de contratación que se relaciona directamente con los comerciantes y en una forma de cooperación mercantil. Sin embargo, es una figura que puede ser aplicable en varios sectores de actividad comercial.¹⁴⁶

La franquicia comercial es un contrato en virtud del cual se establece una relación de cooperación con ánimo de permanencia, en virtud del cual una de las partes denominada franquiciante, franchisor u otorgante titular de un nombre comercial y de un producto o servicio exitoso comercialmente identificado, contrata con la otra llamada franquiciado, franchisee o tomador los derechos y obligaciones para comercializar dichos bienes o

¹⁴⁶ Kahn, Michel. *Franchising y partenariat*. Traducción de la tercera Edición Francesa. Buenos, Aires Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, , 1998. P. 8.

servicios haciéndolo con la marca, imagen comercial y métodos operativos de la primera. El tomador como contraprestación deberá abonar una suma inicial de ingreso o entrada (canon), y otra periódica preestablecida durante la vigencia del contrato (royalty).¹⁴⁷

El contrato de franquicia se diferencia de los contratos de agencia, distribución, concesión, que por cierto, suelen ser muy confundidos, en tanto que el tomador no se limita a distribuir, sino que hace el mismo negocio que el dador, lo cual le permite una gran integración entre las partes. El otorgante permite la autorización de la marca, de signos distintivos, del procedimiento exitoso para hacer el negocio, y como contrapartida, el tomador se obliga a obrar tal y como lo estipula el dador a fin de que el negocio se repita de la misma manera. Hay una cesión de marca, de imagen, de suministro, controles y auditorías muy minuciosas sobre la actividad interna del tomador. Con ello se logra una identidad publicitaria y económica frente a los terceros.¹⁴⁸

Según Marzoratti, citado por Barbieri, el contrato de franquicia comercial es aquel por el que el otorgante ofrece, individualmente, a muchos tomadores, que forman un sistema de distribución de su producción, vender o distribuir bienes o prestar servicios en forma exclusiva y con carácter permanente y bajo el control de éste, el amparo de una marca, nombre comercial o enseña, propiedad del otorgante y de conformidad con un método. Sistema o plan preestablecido por éste contra el pago de un canon y prestaciones adicionales.¹⁴⁹

Según Guyenot, citado por Jaime A. Arrubla, la franquicia se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta y como el contrato mediante el cual una empresa concede a empresas independientes, a cambio de cierto canon, el derecho de utilizar su razón social y su marca para la venta de productos o servicios.¹⁵⁰

¹⁴⁷ López Cabana, Roberto M. Op. Cit p. 34

¹⁴⁸ Lorenzetti, Ricardo Luis. Op. Cit. p. 529

¹⁴⁹ Barbieri, Pablo C. Op. Cit. p. 174

¹⁵⁰ Arrubla Paucar, Jaime Aberto. Op. Cit. p. 25

De esa cuenta, el autor Michel Kahn, clasifica los diferentes tipos de Franquicia siendo éstos:¹⁵¹

- 1.1. Franquicia de distribución: permite la venta de un bien o de un conjunto de bienes a través de la cadena de franquiciados. En cuanto al franquiciante, éste puede cumplir dos funciones: a) la de distribuidor y frecuentemente central de compras o de referencia para sus franquiciados (ej. Supermercado en franquicia); b) La de productor, quien a través de sus franquiciados tratará de vender su producción.
- 1.2. Franquicia industrial (o de producción): éste ha sido definido por la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea como un contrato en virtud del cual el franquiciado fabrica por su propia cuenta de acuerdo a las indicaciones del franquiciante, productos que vende bajo la marca del franquiciante. (ej. fabricación de bebidas gaseosas, fabricación de productos lácteos, etcétera).
- 1.3. Franquicia de servicios: El concepto que se franquicia es la prestación de uno o más servicios a profesionales o a consumidores (estética, peluquería, alquiler de autos, hotelería, etcétera.)

Igualmente el tratadista Michel Kahn detalla que el franchising es un intercambio de relaciones comerciales, económicas y humanas plasmadas en un contrato. El franquiciante entrega en licencia su marca, transmite su *know how* y asiste al franquiciado en su explotación, a cambio de una retribución.¹⁵²

El *know how* (elipsis de know how to do it) ha sido definido como el conocimiento técnico, procedimiento, conjunto de información necesarias para la reproducción industrial, que proceden de la experiencia en el proceso de producción, y que su autor de sea guardar

¹⁵¹ Kahn, Michel, Op. Cit.. Página 8.

¹⁵² *Ibid.* p.9.

en secreto, sea para su uso personal, será para transferirlos confidencialmente a un tercero.¹⁵³

De esta manera, en el contrato de franquicia existe independencia entre las partes que lo conforman, lo que lo hace de naturaleza mercantil, además de ser, en principio, suscrito por comerciantes. Sin embargo, es muy importante analizar los efectos que deviene contratar este tipo de negocios jurídicos con personas de nacionalidad extranjera en el territorio de Guatemala, específicamente con el franchising de servicios.

Los contratos expuestos anteriormente son los que, a criterio de la investigadora son los más recurrentes y que generalmente se conocen en práctica, razón por la cual son materia del presente estudio, pues luego de repasarlos se arribará a los efectos en la suscripción de los mismos con extranjeros, lo cual será analizado en el capítulo final de este estudio.

¹⁵³ López Cabana, Roberto M. Op. Cit. p. 82

CAPÍTULO 3

INCIDENCIA EN EL DERECHO LABORAL, DERECHO MIGRATORIO, DERECHO TRIBUTARIO Y DERECHO PENAL EN LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS

3.1. Generalidades

En el presente capítulo se identificará y desarrollará de forma exhaustiva, más no limitativa, la normativa que resulta aplicable al contratar extranjeros en la República de Guatemala, utilizando como guía los contratos que se desarrollaron anteriormente. Por esta razón, este título presenta más allá que doctrina, una descripción meramente legal de las normas vigentes en el país.

Para continuar y dar contexto al presente, se considera sumamente importante definir lo que es extranjero, según la OIM extranjero *“es aquella persona que no es nacional de un Estado determinado. El término abarcara el apátrida, el asilado, el refugiado y el trabajador migrante.”*¹⁵⁴

La Constitución Política de la República de Guatemala como norma suprema, establece el conjunto de principios, deberes y derechos de la persona humana, en ella igualmente se señala que el Estado de Guatemala tiene el deber de garantizar a los habitantes de la República, entre otros, el desarrollo integral de las personas, entendiéndose tal desarrollo integral extensivo a la vida social, cultural, familiar, económica, entre otros. La Constitución Política no hace distinción entre guatemaltecos o extranjeros.

De esa cuenta, la Constitución Política de la República establece entre los principios fundamentales la libertad de locomoción, en el artículo 26 que detalla literalmente que *“Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas por ley*

¹⁵⁴ Organización Mundial para las Migraciones. Glosario sobre Migración. Op. Cit.

(...)”. Es aquí en donde se identifica la primera normativa que, incide en la contratación de extranjeros, pues está claro que toda persona, sin distinción de nacionalidad, tiene la libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, con las únicas limitaciones que establecen las leyes ordinarias. Por esta razón, se adentra a desarrollar el contenido de las leyes ordinarias que tienen un impacto con este estudio.

3.2. INCIDENCIA DEL DERECHO LABORAL

3.2.1. Generalidades

La CPRG establece en el artículo 102 que son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo y la actividad de los tribunales y autoridades, entre otros el de *“Preferencia a los trabajadores guatemaltecos sobre los extranjeros en igualdad de condiciones y en los porcentajes determinados por la ley. En paridad de circunstancias, ningún trabajador guatemalteco podrá ganar menor salario que un extranjero, estar sujeto a condiciones inferiores de trabajo, ni obtener menores ventajas económicas u otras prestaciones (...).”*

Se entiende que el Estado de Guatemala protege a sus nacionales con respecto a las oportunidades de trabajo, lo cual podría interpretarse en contra de sus propios deberes establecidos en los primeros artículos, pues en ellos no hace una distinción entre nacionales y extranjeros, sin embargo lo anterior no es motivo del presente estudio, pero resulta para la investigadora un punto merecedor de enfatizar. Añadiendo, además, que entre los propios considerandos del Código de Trabajo se establece lo siguiente *“...porque el Derecho de Trabajo es el antecedente necesario para que impere una efectiva libertad de contratación, que muy pocas veces se ha contemplado en Guatemala...”*.

El CT como norma específica y reguladora de los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, entre otros, establece que tanto patrono como trabajador, son personas individuales (y jurídicas en el caso específico de patrono), sin hacer una distinción de nacionalidad, es decir no prohíbe que tales roles sean ejercidos

por personas no guatemaltecas. La prohibición explícita es la de hablar en idiomas distintos al español, con respecto a órdenes o instrucciones para el o los trabajadores.

El mismo cuerpo legal¹⁵⁵, en el artículo 13 prohíbe a los patronos “*emplear menos de un noventa por ciento de trabajadores guatemaltecos y pagar a éstos menos del ochenta y cinco por ciento del total de los salarios que en sus respectivas empresas se devenguen, salvo lo que sobre el particular establezcan leyes especiales...*”. En dicho artículo igualmente se establece que dicha proporción puede modificarse: a) cuando así lo exijan evidentes razones de protección y fomento a la economía nacional; b) por carencia de técnicos guatemaltecos en determinada actividad; c) por defensa de los trabajadores nacionales que demuestren su capacidad.

En todas estas circunstancias, debe ser el Organismo Ejecutivo quien mediante acuerdo razonado emitido por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, disminuya ambas proporciones hasta en un diez por ciento cada una y durante un lapso de cinco años para cada empresa, o aumentarlas hasta eliminar la participación de los trabajadores extranjeros. En caso de que dicho Ministerio autorice la disminución de los expresados porcentajes, debe exigir a las empresas favorecidas que preparen técnicos guatemaltecos en el ramo de las actividades de éstas dentro del plazo que al efecto se les conceda.

Como ejemplo puede mencionarse que en el año 2010 existió una modificación a dicha proporción, por medio del Acuerdo Ministerial 72-2010, en donde se autorizó a la entidad China Machine New Energy Corporation, a través de su subsidiaria CMNC Jaguar, de contratar los servicios de personas de la República Popular de China, para el diseño, instalación y ejecución de la planta de generación eléctrica a base de carbón, denominada Planta Jaguar, en donde se redujo en un 10% adicional el monto de trabajadores guatemaltecos que tal empresa debía contratar, quedando dicha entidad

¹⁵⁵ Congreso de la República de Guatemala, Código de Trabajo, Op. Cit.

obligada a capacitar en un lapso de 5 años a personal guatemalteco, para que eventualmente estos últimos pudieran reemplazar a los nacionales chinos.

Cabe resaltar que dicha autorización, se realizó por medio de un Acuerdo Ministerial sin intervención del Organismo Ejecutivo, debiendo haber sido emitida directamente por el Organismo Ejecutivo, mediante acuerdo gubernativo razonado emitido por conducto del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Retomando el contenido del referido artículo 13 del CT, la proporción puede modificarse cuando: *“ocurran casos de inmigración autorizada y controlada por el Organismo Ejecutivo o contratada por el mismo y que ingrese o haya ingresado al país para trabajar en el establecimiento o desarrollo de colonias agrícolas o ganaderas, en instituciones de asistencia social o de carácter cultural; o cuando se trate de centroamericanos de origen.”*

En tales estas circunstancias, el alcance de la respectiva modificación debe ser determinada discrecionalmente por el Organismo Ejecutivo, pero el acuerdo que se dicte por conducto del MTPS debe expresar claramente las razones, límite y duración de la modificación que se haga.

Desentrañando el mismo artículo, se establece que con respecto a lo establecido a las proporciones, éstas no tendrán efecto cuando el número total de trabajadores no exceda de cinco, en ese caso se le exigirá la calidad de guatemalteco a cuatro de ellos, es decir, podrá existir un empleado extranjero en dicho escenario.

Igualmente se establece que no es aplicable lo dispuesto en ese artículo a los gerentes, directores, administradores, superintendentes y jefes generales de las empresas y que toda simulación de sociedad y, en general, cualquier acto o contrato que tienda a violar estas disposiciones, es nulo ipso jure y además da lugar a la aplicación de las sanciones de orden penal que procedan.

Se tiene claro que tal normativa surge como consecuencia de la preferencia de trabajadores nacionales de acuerdo a lo establecido por la Constitución Política de la República de Guatemala. Es muy importante hacer mención que el ordenamiento realiza ciertas excepciones a tales fracciones de contratación cuando éstas favorecieren a la economía nacional y al fomento de determinado sector. Igualmente hace una distinción muy especial a los centroamericanos de origen lo cual es muy importante de resaltar.

En la CPRG no se hace una distinción especial con respecto a los centroamericanos de origen, sin embargo se señala en el artículo 145 lo siguiente *“También se consideran guatemaltecos de origen, a los nacionales por nacimiento, de las repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica, si adquieren domicilio en Guatemala y manifiestan ante autoridad competente, su deseo de ser guatemaltecos. En ese caso podrán conservar su nacionalidad de origen, sin perjuicio de lo que se establezca en tratados o convenios centroamericanos.”* Sin embargo, para que tal derecho pueda ser aplicable, es necesario que tales centroamericanos adquieran su domicilio en Guatemala y manifiesten ante autoridad competente y su deseo de ser guatemaltecos.

Igualmente dicho artículo estipula que *“Guatemala, como parte de la comunidad centroamericana, mantendrá y cultivará relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación de Centroamérica; deberá adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica de Centroamérica. Las autoridades competentes están obligadas a fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad”.*

Es decir que el Estado de Guatemala otorga una distinción especial a los extranjeros que tienen nacionalidad centroamericana, lo cual es muy importante enfatizar, ya que a pesar que las normativas, tanto suprema como ordinarias, tienen un gran espíritu de beneficio y trato especial a los nacionales extranjeros de dicha región, sin embargo se debe resaltar que en la actualidad no existe un trato especial o distinto frente a ellos, pues sus procesos tanto migratorios como laborales son los mismos que frente a un extranjero de otra región.

Ahora bien, retornando al análisis del artículo 13 del CT específicamente en lo relativo a que artículo no es aplicable a los gerentes, directores, administradores, superintendentes y jefes generales de las empresas, se concibe que es una normativa clara que trata de velar por el incentivo a la inversión extranjera. Partiendo de que dicho artículo fue modificado por la Ley de Inversión Extranjera, Decreto 9-98, en donde se consideró que, derivado de la obligación fundamental del Estado, que es *“proteger la formación del capital, el ahorro y la inversión, así como de fomentar y promover la inversión extranjera con el propósito de que ésta sea fuente de transferencia de tecnología, de generación de empleo, de promoción del proceso de crecimiento y diversificación de la economía del país.”*

Lo anterior es ordenado en los artículos 3 y 4 de la Ley de Inversión Extranjera en donde se reconoce al inversionista extranjero el mismo tratamiento que el otorgado a los inversionistas nacionales en el desarrollo de sus actividades económicas, pues además les reconoce igualdad de condiciones frente a los inversionistas nacionales y en donde se detalla que el inversionista extranjero puede participar en el desarrollo de cualquier actividad económica lícita en el país, respectivamente.¹⁵⁶

Se entiende entonces que tales inversionistas ejercen comúnmente cargos de alta dirección, como de gerencia, superintendencia, administración y jefaturas generales, razón por la cual nace dicha excepción.

El CT no establece más normativa específica frente a la contratación de extranjeros más que la contenida en su artículo 14 que establece la obligación de aplicabilidad del Código de Trabajo y sus reglamentos, en donde establece que son de orden público y que 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 de nacionalidad.

¹⁵⁶ Congreso de la República de Guatemala. Ley de Inversión Extranjera, Decreto Número 9-98. Fecha de emisión 4 de febrero de 1998.

3.2.2 Autorización para contratar extranjeros

Por medio del Acuerdo Gubernativo No. 528 – 2003 surge el *Reglamento de autorización del trabajo de personas extranjeras a empleadores del sector privado*, en adelante el Reglamento, tiene como fin garantizar el proceso de contratación de extranjeros en cumplimiento de los porcentajes de contratación emanados en el artículo 13 del Código de Trabajo, en sus considerandos se establece que por medio de esta normativa se garantizará la referida preferencia en igualdad de condiciones, así como una adecuada capacitación técnica y formación profesional de los guatemaltecos.¹⁵⁷

El Reglamento en su artículo 1 establece literalmente que *“Los extranjeros que ingresen legalmente al país necesitan de autorización previa del Ministerio de trabajo y Previsión Social para trabajar en relación de dependencia, prestando sus servicios a un empleador del sector privado.”* La Dirección encargada de autorizar tales solicitudes es la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social. En efecto, en práctica para poder obtener la autorización para contratar a determinado extranjero, es requisito esencial acreditar haber ingresado legalmente al país y dicho requisito no solamente se extiende al ingreso, sino también a que el extranjero acredite que su estatus migratorio se encuentra regularizado, es decir se debe comprobar que posee residencia legal o en todo caso, acreditar que esta última se encuentre en trámite.

A continuación se desarrollan los requisitos que establece el ya citado Reglamento para la autorización de extranjeros que desean laborar bajo relación de dependencia

3.2.2.a Procedimiento General de Autorización

¹⁵⁷ Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo 528-2003, Reglamento de Autorización del Trabajo a Personas Extranjeras Fecha de emisión 17 de septiembre del 2003.

El procedimiento sustancialmente es el siguiente:¹⁵⁸

1. Presentar solicitud de autorización del trabajo de extranjeros presentada por el empleador interesado, en forma escrita. Es decir que la autorización no la solicita el extranjero (que es lo común en otros países). Tal solicitud deberá contener los requisitos establecidos en dicho reglamento, siendo una de ellas la de acreditar su situación migratoria por medio de la visa o de la constancia en trámite de visa emitida por la Dirección General de Migración;
2. Recibida la solicitud, se verificará si la misma cumple con los requisitos, de lo contrario deberá ordenar que se subsane en el plazo de cinco días;
3. Si la solicitud se refiere a permiso para ocupar puestos del *personal excluido* de los porcentajes legales, una vez cumplidos los requisitos anteriores se elaborará el proyecto de resolución y elevará el expediente al Despacho Ministerial;¹⁵⁹
4. Si la solicitud de referencia a la contratación de personal para ocupar puestos distintos a los excluidos de los porcentajes, una vez llenados los requisitos, la citada dirección determinará si en su banco de recursos humanos, técnicos y profesionales existe registrado personal guatemalteco en la especialidad de que se trate; si la determinación fuera positiva, se rechazará el permiso solicitado; en caso contrario, procederá con el proyecto de resolución;
5. Una vez emitida la resolución, se notificará al interesado y se enviará copia a la Dirección General de Migración;
6. El permiso se otorgará previa comprobación de haber pagado el aporte a cuota establecida por la dirección General de Capacitación y formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Previsión social, dependencia que subrogó el Departamento para el Fomento de Becas.

¹⁵⁸ Presidente de la República, Acuerdo Gubernativo 528-2003, Op. cit. Artículos 4 al 10

¹⁵⁹ Congreso de la República de Guatemala. Código de Trabajo Op. cit. Artículo 13

Tal autorización es otorgada por el plazo de un año, el que podrá prorrogarse por lapsos similares si se llenan los requisitos establecidos siempre que se solicite por escrito con por lo menos quince días de anticipación al vencimiento del plazo.

3.2.2.b Procedimiento Especial de solicitudes de Permisos de Trabajo

Existe un procedimiento especial para los extranjeros que estuviesen casados o unidos legalmente de hecho con guatemalteco o guatemalteca, así como los que tengan bajo su patria potestad hijos guatemaltecos. El procedimiento para tales solicitudes es sustancialmente el siguiente¹⁶⁰:

1. Presentar solicitud por escrito, la cual deberá ser presentada por el mismo interesado no por la empresa que lo contratará;
2. Deberá acreditar su situación migratoria por medio de la visa o de la constancia en trámite de visa emitida por la Dirección General de Migración;
3. Si estuviere casado o unido legalmente de hecho con persona guatemalteca, certificación de la partida de matrimonio, o de la unión de hecho, y acta notarial donde conste la supervivencia del cónyuge o conviviente Guatemalteco;
4. Si tuviere hijo o hijos guatemaltecos bajo su patria potestad, deberá acompañar la o las certificaciones de las partidas de nacimiento y acta de supervivencia de dicho hijo o hijos.

Dicha aprobación es igualmente otorgada por el plazo de un año, que podrá prorrogarse por lapsos similares si se llenan los requisitos establecidos siempre que se solicite por escrito con por lo menos quince días de anticipación al vencimiento del plazo.

El Reglamento también contempla el proceso de autorización de trabajo para aquellos extranjeros a quienes el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR- les haya conferido la calidad de refugiados, o que de otra manera acrediten

¹⁶⁰ Presidente de la República. Acuerdo Gubernativo 528-2003 Op. Cit. Artículo 11

fehacientemente dicha calidad, para obtener permiso de trabajo en el país deben presentar su solicitud acompañada con fotocopia de su cédula vigente de identidad de refugiado, exhibiendo el original para cotejo de la fotocopia, o fotocopias legalizada de dicha cédula. De la resolución debe remitirse copia al ACNUR.

Cabe resaltar que Reglamento hace la salvedad de que cuando se trate de solicitudes de autorización de personal que requieran legalmente la colegiación obligatoria, deberán acreditar también dicha habilitación y que este reglamento es únicamente aplicable para las contrataciones que se realizan en el sector privado, por lo que a continuación se desarrolla la normativa referente a las contrataciones de extranjeros que se realizan en entidades del sector público.

3.2.3 Leyes de organismos del Estado

A continuación se analizan las respectivas leyes de los distintos organismos del Estado, para determinar, si en alguna de ellas se contempla o no alguna disposición especial en lo que respecta a la contratación de extranjeros que laboren o presten servicios a favor de una de ellas.

a. Ley del Organismo Ejecutivo

La ley del organismo ejecutivo no aborda lo referente a las contrataciones de personal operativo, técnico o de asesoría de dicho organismo, por esta razón se examina la Ley de servicio civil pues no existe un reglamento especial de autorización del trabajo de personas extranjeras a empleadores del sector público.¹⁶¹ Por ende en estos supuestos la ley aplicable por mandato Constitucional es la Ley de Servicio Civil en tanto que la misma CPRG reconoce a los trabajadores del Estado, quienes están al servicio de la administración pública.¹⁶²,

¹⁶¹ Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto Número 114-97. Fecha de emisión 10 de diciembre de 1997.

¹⁶² Congreso de la República de Guatemala, Ley del Servicio Civil, Decreto Número 1748. Fecha de emisión 10 de mayo de 1978.

La Ley del Servicio Civil es de orden público, reconoce la relación de trabajo de los empleados del Estado y los derechos que consigna son garantías mínimas irrenunciables para los servidores públicos, susceptibles de ser mejoradas conforme las necesidades y posibilidades del Estado.

En lo que respecta a la preferencia de trabajadores guatemaltecos, el artículo 7 de dicho cuerpo legal establece igualmente la preferencia de trabajadores guatemaltecos frente a extranjeros, específicamente relata que *“Los servidores públicos comprendidos en esta ley, deben ser ciudadanos guatemaltecos, y sólo puede emplearse a extranjeros cuando no existan guatemaltecos que pueda desempeñar con eficiencia el trabajo de que se trate, previa resolución de la Oficina Nacional de Servicio Civil, la que recabará la información necesaria”*.

Se entiende entonces que el Estado de Guatemala, bajo el impero de la CPRG, debe dar preferencia a los trabajadores guatemaltecos y únicamente empleará a extranjeros cuando no existan guatemaltecos con la experiencia necesaria. Dicha normativa no estipula una cuota específica en las derivadas contrataciones, únicamente hace mención del proceso que debe llevarse ante la Oficina Nacional de Servicio Civil, por sus siglas, ONSEC.

La ONSEC es la institución responsable de administrar en forma técnica, armónica, dinámica y eficiente el sistema de recursos humanos de la Administración Pública, para garantizar al país el desempeño idóneo y efectivo de la labor institucional del Gobierno, en beneficio de la ciudadanía. Entre sus asuntos se encuentra la regulación de las relaciones entre la Administración Pública y sus servidores, para lo cual debe entenderse como tal, a todos los órganos administrativos que dependen del Organismo Ejecutivo y sus entidades descentralizadas y autónomas adscritas.¹⁶³

¹⁶³ Oficina Nacional del Servicio Civil. Gobierno de la República de Guatemala. <http://www.onsec.gob.gt/acerca%20de%20onsec/descripcion.php> Fecha de consulta: 8 de mayo de 2017.

De esa cuenta, en lo que respecta a las contrataciones de extranjeros, la ONSEC debe manifestar, por medio de su bolsa de empleo, de que no existen guatemaltecos que puedan desempeñar el determinado cargo o puesto y se debe además acreditar las capacidades y experiencias del extranjero a contratar en conjunto con la documentación que acredita que su estadía migratoria es legal.

b. Ley del Organismo Judicial

La LOJ, no contempla lineamientos con respecto a contrataciones de personal, por lo que se revisa la Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial, Decreto Número 48-99 la cual tiene por objeto regular las relaciones laborales entre el OJ y sus empleados y funcionarios, siendo también aplicable a los jueces y magistrados en lo que corresponda.

164

El Servicio Civil del Organismo Judicial es de carácter público y es ejercido por las autoridades, empleados y funcionarios con responsabilidad y transparencia. Dentro del contenido de dicha ley se contempla la clasificación de los puestos y categorías de empleados, en donde se enumeran los requisitos para ingresar a la carrera de auxiliar judicial, o como trabajador administrativo y técnico, en donde se estipula que se debe estar en el pleno goce de sus derechos civiles y políticos, tener condiciones de salud que le permita ejercitar idóneamente el cargo, ser de reconocida honorabilidad, tener la calidad de elegible, entre otros, no contemplando el tema de la nacionalidad. Sin embargo no debe omitirse que la función jurisdiccional, tal y como lo establece la CPRG en el artículo 207, debe ser impartida exclusivamente por nacionales guatemaltecos, que posean el título de abogado y notario, sean colegiado activo. Por ende, la contratación de extranjeros podría realizarse únicamente en los cargos administrativos y técnicos de dicho organismo.¹⁶⁵

c. Ley del Organismo Legislativo

¹⁶⁴ Congreso de la República de Guatemala, Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial, Decreto Número 48-99. Fecha de emisión, 21 de diciembre de 1999.

¹⁶⁵ *Ibid.* Artículos 1,5, 6, 8 y 16.

En lo que respecta a las contrataciones la Ley del Organismo Legislativo¹⁶⁶ en adelante LOL establece que tal materia estará regulada esencialmente por la Ley de Servicio Civil del Organismo Legislativo, Decreto Número 44-86, la cual regula pues los derechos y obligaciones del Organismo Legislativo con su personal, con ocasión del trabajo, creando los procedimientos para garantizar al Estado la eficiencia, la ética y la honradez en el ejercicio de la función pública, y al trabajador, un régimen de respeto a su dignidad humana, de seguridad y de justicia social.¹⁶⁷

La referida ley, considera *trabajador del Organismo Legislativo*, a la persona individual que ocupe un cargo en la administración, en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legal, por efecto del cual queda obligado a prestarle sus servicios en los términos que corresponda a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la Junta Directiva de dicho Organismo, o de la autoridad que corresponda, en ejercicio de la función administrativa.¹⁶⁸

Asimismo, se desarrollan los principios básicos por los cuales la ley se regirá, uno de ellos es de que *“todo guatemalteco tiene derecho a optar a cargos en el Organismo Legislativo, los cuales sólo podrán otorgarse atendiendo a méritos de capacidad, responsabilidad y honradez”*, omitiendo de esta forma a los extranjeros. Sin embargo, la LOL establece que podrán contratarse profesionales de carreras afines en el área en el que presten asesoría, contando como mínimo con 2 años de experiencia como mínimo y tener conocimiento de las funciones que realiza el Congreso de la República, no excluyendo expresamente a personas foráneas, siendo la única prohibición expresa, de contratar, bajo cualquier renglón presupuestario familiares dentro de los grados de ley de los diputados y trabajadores del organismo legislativo.¹⁶⁹

No se consideró oportuno realizar estudio de las normativas correspondientes a las entidades descentralizadas y autónomas del Estado, pues además de extender la presente investigación, con lo anterior expuesto y con base en la normativa suprema

¹⁶⁶ Congreso de la República, Ley del Organismo Legislativo, Decreto Número 63-94. Fecha de emisión 1 de diciembre de 1994.

¹⁶⁷ *Ibid.*, Artículo 1.

¹⁶⁸ *Ibid.*, Artículo 4

¹⁶⁹ *Ibid.*, Artículos 38, 38 BIS, 153, 154 y 154 QUATER y 155.

contenida en la CPRG, se puede concluir que no existe en realidad una prohibición expresa de contratar a extranjeros, únicamente en el caso de la función jurisdiccional en donde si es claro, y que, debe imperar siempre la preferencia de trabajadores locales.

3.2.4. Ley de Contrataciones del Estado

La ley de Contrataciones del Estado tiene por objeto normar las compras, ventas, contrataciones, arrendamientos o cualquier otra modalidad de adquisición que realicen los organismos de Estado, entidades descentralizadas y autónomas, entre otras. Así pues, resulta importante verificar las obligaciones que tienen tanto las entidades del Estado al contratar los servicios de extranjeros, como los extranjeros al prestar servicios personales a tales entidades.¹⁷⁰

La referida ley, en el artículo 71 crea el Registro General de Adquisiciones del Estado, que tiene por objeto registrar a las personas individuales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para poder ser habilitadas como contratistas o proveedores del Estado, en las modalidades de adquisición pública establecidas en esta Ley. El Registro verificará la capacidad financiera y técnica, así como la experiencia y especialidad necesarias para ser contratista o proveedor del Estado y relacionadas con los negocios con el Estado de que se trate.

Es decir que los extranjeros individuales que deseen ser contratistas del Estado están obligados a tal registro, así como a la precalificación, contemplada en el artículo 76, pues establece que para que toda persona pueda participar en cotizaciones o licitaciones públicas, deberá estar inscrita en el Registro de precalificados correspondiente.

La contratación de servicios técnicos y profesionales en general, de acuerdo al artículo 44 de dicho cuerpo legal, son realizados de forma directa y están catalogados como casos de excepción, lo que significa que su procedimiento de contratación no será en el

¹⁷⁰ Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92. Fecha de emisión 5 de octubre de 1992.

macro que contiene la Ley, sino el que refiere el Reglamento. Sin embargo se establece que en cada proceso se deberá publicar la documentación e información que el sistema de GUATECOMPRAS requiera.

Ahora bien, en lo que respecta el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹⁷¹, en lo referente a la contratación de estudios, diseños y supervisión de obras y servicios técnicos, se procederá de forma tal que el organismo del Estado, dependencia o entidad estatal interesada, podrá abrir concurso, llamando a participar a las personas que tengan interés en la prestación de los servicios requeridos, en general no hace ningún distinción o excepción con respecto a la nacionalidad de los participantes.

3.2.5. Generalidades de la Seguridad Social

Resulta de suma importancia traer a colación lo referente a la seguridad social por el impacto que éste tiene en las contrataciones laborales.

La seguridad social es un sistema técnico-jurídico destinado a proteger a determinadas colectividades de personas frente a determinados riesgos o contingencias, que provocan en ellas situaciones de necesidad, sea por defectos de rentas o excesos de gastos.¹⁷²

Por otro lado, la OIT define la seguridad social como la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de la familia.¹⁷³

¹⁷¹ Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo Número 122-2016. Fecha de emisión 15 de junio de 2016.

¹⁷² Organización Internacional del trabajo. *Hechos concretos sobre la seguridad social*. Suiza. 2001. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.

¹⁷³ Montoya Melgar, Alfredo. *Op. Cit* p. 609

La acción del Estado en materia de seguridad social debe fundamentarse en el derecho que tiene el hombre de ser protegido por la sociedad ante la necesidad, así como también el derecho al bienestar que se reconoce a todo trabajador como consecuencia de su participación en la formación de la riqueza nacional.¹⁷⁴

Es por ello que a través de la Seguridad Social, el Estado garantiza a las personas que por razón de sus actividades están comprendidas en su campo de aplicación y a los familiares y asimilados que tuvieren a su cargo, protección adecuada en las contingencias y situaciones que se definen en la ley correspondiente, junto con la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes económico, sanitario y cultural.¹⁷⁵

La cotización al régimen de seguridad social es obligatoria para los trabajadores comprendidos en su campo de aplicación y a las empresas por cuya cuenta trabajan, viene compuesta por dos aportaciones, la de los empresarios y la de los trabajadores.¹⁷⁶

Es así como el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y por ello debe ingresar no sólo las aportaciones propias sino también las de los trabajadores a su servicio. Para ello, ha de proceder al descuento de la parte de la cuota que corresponde a la aportación de los mismos al abonarles los salarios. Si no se efectúa el descuento en este momento ya no podrá hacerlo después, por lo que habrá de ingresar la totalidad de las cuotas a su entero y exclusivo cargo. Si realiza el descuento pertinente pero no ingresa dentro de plazo las cuotas correspondientes, incurre en responsabilidad frente a los trabajadores y ante las Entidades Gestoras que hayan resultado afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan.¹⁷⁷

En lo concerniente a la legislación local, la CPRG estipula en el artículo 100 lo referente a la Seguridad Social, señalando que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación (sin distingos de

¹⁷⁴ Goñi Moreno, José María. *Derecho de la Previsión Social*. Parte I. Buenos Aires. Argentina. EDJAR. SOC. ANON. Editores, 1956, p.88.

¹⁷⁵ Egea, Luis Arenas y Agustín Jausás Martí. *Tratado práctico de Seguridad Social*. Barcelona, España. BOSCH Casa Editorial, 1971, p.15.

¹⁷⁶ Loc. cit.

¹⁷⁷ Egea, Luis Arenas y Agustín Jausás Martí. Op. Cit. p. 30 y 31.

nacionalidad) y que su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria.

Asimismo, el referido artículo constitucional contempla que el Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo, señalando además que la aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Ahora bien, el artículo 27 de la Ley Orgánica del IGSS establece que todos los habitantes de Guatemala que sean parte activa del proceso de producción de artículos o servicios, 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 mismo o para sus familiares que dependan económicamente de ellos, en la extensión y calidad de dichos beneficios que sean compatibles con el mínimo de protección que el interés y la estabilidad sociales requieran que se les otorgue. afectadas, sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan.¹⁷⁸

El régimen de Seguridad social comprende protección y beneficios en caso de que ocurran los siguientes riesgos de carácter social: a). Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; b). Maternidad; c). Enfermedades generales; d). Invalidez; e). Orfandad; f). Viudedad; g). Vejez; h). Muerte (gastos de entierro); e i). Los demás que los reglamentos determinen.¹⁷⁹

En lo referente a la recaudación del seguro social, el Reglamento sobre Recaudación de Contribuciones al Régimen de Seguridad Social, Acuerdo Gubernativo 85-2003, señala que el patrono está obligado a descontar las contribuciones de seguridad social a sus trabajadores, para enterarlas al Instituto junto con la contribución patronal, dentro del

¹⁷⁸ Congreso de la República de Guatemala. Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Decreto Número 295 Fecha de emisión: 30 de octubre de 1946. Artículo 57.

¹⁷⁹ *Ibid.*, Artículo 28.

plazo reglamentario. El incumplimiento de lo anterior dará lugar a que el Instituto inicie las acciones judiciales correspondientes.¹⁸⁰

Asimismo, estipula que el patrono es responsable del pago global de las cuotas propias y de la entrega de las descontadas a sus trabajadores, por ende el patrono debe deducir a cada trabajador, en el momento de pagar su salario, el importe de la cuota que le corresponde, debiendo dejar constancia de las sumas descontadas individualmente en su Contabilidad y Registro de Trabajadores y Salarios.¹⁸¹

Para lo cual todo empleador formalmente inscrito en el Régimen de Seguridad Social debe entregar al Instituto, bajo su responsabilidad y a más tardar el día 20 de cada mes calendario, la Planilla de Seguridad Social, con los soportes respectivos y el desembolso de las cuotas correspondientes a los salarios pagados dentro del mes calendario anterior, salvo que el Instituto establezca su propio calendario de pagos. La Planilla de Seguridad Social, es la declaración del patrono de las cuotas que debe hacer efectivas al Instituto, lo que genera el derecho a prestaciones reglamentarias.¹⁸²

En lo que respecta a las contribuciones del Estado, como tal y como patrono, para el sostenimiento del Régimen de Seguridad Social, deben cubrirse y financiarse de conformidad con lo que ordena la Constitución Política de la República y el Decreto No. 295 del Congreso de la República, Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. be hacer efectivas al Instituto, lo que genera el derecho a prestaciones reglamentarias.¹⁸³

Por último, el Reglamento contempla que el patrono que no pague el importe de las contribuciones de seguridad social, dentro de los plazos establecidos, deberá pagar al Instituto recargos que se calcularán sobre el importe de las contribuciones adeudadas.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social., Reglamento sobre recaudación de contribuciones al régimen de Seguridad Social, Acuerdo Gubernativo 85-2003, fecha de emisión 13 de marzo de 2003. Artículo 3

¹⁸¹ *Ibid.*, Artículo 4

¹⁸² *Ibid.*, Artículo 6,

¹⁸³ *Ibid.*, Artículo 28,

¹⁸⁴ *Ibid.*, Artículo 32,

Es así como se concluye con la incidencia y efectos en materia laboral que surgen de las contrataciones bajo relación de dependencia con empleados de nacionalidad extranjera, habiéndose revisado para el efecto todas las normativas, que a criterio de la autora de este estudio, resultan aplicables en las contrataciones tanto privadas como públicas.

3.3 INCIDENCIA EN EL DERECHO MIGRATORIO

3.3.1. Generalidades

Existe una escasa referencia bibliográfica con respecto al derecho migratorio en sí, más no de derecho migratorio internacional o migración, de lo cual existe una amplia y certera fuente bibliográfica y que fue debidamente abordada en el primer capítulo de la investigación. No obstante lo anterior, a continuación se abordará inicialmente el concepto del derecho migratorio, iniciando con que la migración es *“aquel desplazamiento o movimiento de población de un lugar a otro por causas económicas, sociales o políticas y dentro de dicho proceso puede darse la migración extra regional, consistente en movimientos de personas desde los países de una región hacia otras regiones del mundo.”*¹⁸⁵

Ahora bien y entrando en materia, el 20 de septiembre del año 2016 el Congreso de la República de Guatemala aprobó el Código de Migración, el cual fue publicado en el Diario Oficial de Centroamérica el 18 de octubre del mismo año. Dicho Código resulta un importante precedente sobre el tema migratorio en el país y sobre todo un avance significativo en el sistema de protección y seguridad del migrante en sus distintas categorías, una renovación al sistema migratorio actual que se ha caracterizado como poco adaptable en las necesidades actuales de la vida moderna y una nivelación o equiparación legislativa a nivel centroamericano por haber sido en su momento la Ley de Migración menos actualizada en dicha región.

¹⁸⁵ Bezares Cobar, Patricia. Op. Cit. p. 7

El Código de Migración no define lo que es la migración en sí, sin embargo en el artículo 56 establece que *“El derecho migratorio guatemalteco regula la libertad de las personas de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, de acuerdo con los derechos fundamentales de las personas reconocidos en la Constitución Política de la República, la legislación nacional y los instrumentos internacionales”*. Es decir que más allá de definir un concepto de migración, enlaza la migración como un derecho que podría entenderse como una rama más del derecho.¹⁸⁶

De esa cuenta, la investigadora concluye que el derecho migratorio es una rama del derecho público que comprende un conjunto de normas jurídicas y políticas internacionales que regulan todo lo relativo al ingreso, permanencia y egreso de migrantes, así como todo lo relativo a sus derechos, deberes y obligaciones.

Dado que la presente investigación se ha realizado en la fase de transición entre la Ley de Migración y el Código de Migración y, esencialmente porque no existe de momento una reglamentación del nuevo Código de Migración, que debería abordar el tema de las visas, se desarrollan los efectos legales del derecho migratorio con base en ambas normativas y de forma independiente.

3.3.2 Ley de Migración

3.2.2.a Generalidades

La Ley de Migración tiene por objeto garantizar un eficaz ordenamiento migratorio, regulando la entrada y salida de nacionales y extranjeros del territorio nacional, así como la permanencia de estos últimos dentro del mismo, en ella igualmente se estipula que sus disposiciones son de orden público y su observancia se extiende a todas las personas nacionales y extranjeras.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Congreso de la República de Guatemala. Código de Migración, Decreto Número 44-2016. Fecha de emisión 12 de octubre de 2016.

¹⁸⁷ Congreso de la República, Ley de Migración, Decreto Número 95-98. Fecha de emisión 26 de noviembre de 1998.

De esa cuenta, la Ley de Migración establece en su artículo 12 las siguientes categorías migratorias, a) No Residentes, que se clasifican en personas en tránsito y turistas o visitantes; y, b) Residentes, que se clasifican en residentes temporales y permanentes.

Dicho cuerpo legal, en sus artículos 14 y 15 establece que se consideran personas en tránsito a los extranjeros que ingresen al país por cualquiera de los lugares autorizados para el tránsito migratorio, y cuya permanencia no podrá exceder de 72, salvo casos de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobados ante las autoridades migratorias competentes. En casos especiales deberán regular su situación de acuerdo al reglamento; y que se consideran turistas o visitantes los extranjeros que ingresen al país con fines lícitos, sin propósito de inmigración o residencia, por razones que no impliquen remuneración alguna y por un plazo no mayor de 90 días, prorrogables por una sola vez por otro período igual.

Es muy importante hacer la observación que, durante su estadía en territorio guatemalteco, los turistas o visitantes no pueden ocupar ningún puesto de trabajo público o privado, ni establecerse comercialmente. Es decir que si un extranjero desea realizar cualquier otro tipo de actividad que no esté contemplada en estas últimas, deberá realizar el cambio de su condición migratoria.

Por otro lado, el cuerpo legal en cuestión establece que son considerados residentes temporales los extranjeros que se les autorice permanencia en el país por el período de dos años, con el fin de dedicarse a cualquier actividad lícita en forma temporal. Bajo esta categoría migratoria los extranjeros pueden realizar un trabajo remunerado o invertir en el país siempre que el capital sea producto de actividades lícitas. Es decir que un extranjero podrá realizar trabajo remunerado, realizar actividades lucrativas lícitas o invertir, al contar con la residencia temporal.¹⁸⁸

¹⁸⁸ *Ibíd.*, Artículos 16 y 17.

Igualmente, la Ley considera refugiados a los extranjeros a quienes las autoridades competentes les confieren esa condición, de conformidad con los Convenios Internacionales de los que Guatemala sea parte. Tal y como se detallaba anteriormente tal condición es concedida por medio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados -ACNUR-.¹⁸⁹

Ahora bien, son considerados residentes permanentes los extranjeros que previo cumplimiento de los requisitos establecidos en ley y su reglamento, constituyan su domicilio en Guatemala y pueden optar a la categoría de residentes permanentes los extranjeros que se encuentren en cualquiera de las siguientes condiciones:¹⁹⁰

- a. Pensionados o rentistas;
- b. Inversionistas;
- c. Cónyuge e hijos menores o solteros de las personas mencionadas en los numerales anteriores;
- d. Familiares extranjeros de nacionales, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres, cuando no les corresponda la nacionalidad guatemalteca, de conformidad con la ley;
- e. Residentes temporales; y,
- f. Personas que calificadamente demuestren actuaciones destacadas en los campos de la ciencia, tecnología, las artes y el deporte.

Con respecto a los extranjeros que hubiesen obtenido su residencia permanente en Guatemala por acreditar su categoría como pensionados o rentistas (considerando a los pensionados como aquellas personas que son beneficiarias de una pensión o jubilación y, por rentistas, a aquellas personas que gozan de rentas estables, permanentes, generadas en el exterior), tendrán derecho a ciertos incentivos fiscales tales como: *1) Exención de los derechos aduaneros de importación a excepción del IVA causados por la introducción de su menaje de casa hasta por la cantidad que se fije en el reglamento; 2) Exención del ISR que gravare las sumas declaradas como provenientes del exterior,*

¹⁸⁹ *Ibíd.*, Artículos 18 y 10.

¹⁹⁰ *Ibíd.*, Artículos 21 y 22.

*para hacerse acreedor a los derechos concedidos en esta ley; 3) Exención de los derechos aduaneros de importación causados por la introducción de un vehículo automotor...;4) Exoneración del pago de los derechos causados por la inscripción, prórroga y cambio de la calidad migratoria.*¹⁹¹

Es importante resaltar que los residentes pensionados o rentistas no podrán ocuparse de labores remuneradas, salvo las disposiciones establecidas en la ley, y en esos casos el residente deberá pagar los impuestos respectivos.

La Ley de Migración establece que los extranjeros que obtengan residencia temporal o permanente y que deseen trabajar en relación de dependencia, deberán hacerlo en actividades lícitas y estarán obligados a obtener la correspondiente autorización del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, dicho proceso ha sido analizado anteriormente.¹⁹²

De la misma forma, el cuerpo legal en mención establece que los extranjeros residentes permanentes perderán tal calidad, entre otros asuntos, por incumplimiento de pago de los impuestos a que estuvieren obligados, por tal razón es muy importante resaltar que los extranjeros están totalmente obligados y en conocimiento a realizar el pago de sus tributos fiscales, ya que en caso de negativa, además de las multas y sanciones establecidas en otras leyes ordinarias, perderán su calidad de residentes.¹⁹³

3.2.2. b. Visa

El Diccionario de la Real Academia Española define visar como *“Dicho de la autoridad competente: Dar validez a un pasaporte u otro documento para determinado uso”*.¹⁹⁴

¹⁹¹ Ibid. Artículo 30.

¹⁹² Ibid. Artículo 44.

¹⁹³ Ibid. Artículo 44.

¹⁹⁴ Real Academia Española. 2001 *Diccionario de la lengua española*. 22va. Edición. Disponible en línea: [Articulhttp://dle.rae.es/?id=buiSmv6](http://dle.rae.es/?id=buiSmv6) Fecha de consulta: 6 de mayo de 2016

Según el Glosario de la OIM, la visa es entendida como el *“Sello colocado por una oficina consular en el pasaporte o certificado de identidad que indica que el oficial en el momento de la expedición considera que el titular está en la categoría de no nacionales del Estado emisor y que puede ser admitido en su territorio, de acuerdo con las normas legales.”*¹⁹⁵

Asimismo, la OIM establece que el visado establece los criterios de admisión en un Estado y que la práctica internacional evoluciona hacia sistemas automatizados de lectura de visados impresos en etiquetas o rótulos con dispositivos de seguridad, de conformidad con las normas de la OACI (Organización de la Aviación Civil Internacional).
„¹⁹⁶

Según la Ley de Migración *“La visa constituye la autorización de ingreso, permanencia y tránsito en el territorio nacional, extendido por autoridad competente o convenios con las regulaciones de esta ley, su reglamento y los Tratados, Acuerdos o Convenios Internacionales de los cuales Guatemala sea parte.”*

En lo que respecta al otorgamiento la ya citada ley regula que no se otorgará visa de ingreso a quienes no cumplan con lo establecido en dicha ley y su reglamento o a quienes se encuentren en la lista de personas que la Dirección General de Migración señale al Cónsul como no hábiles para ingresar al territorio nacional.

En el mismo sentido señala en su artículo 73 que el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá celebrar para los nacionales de otros países, por simple cruce de notas, acuerdos de supresión de visas, exceptuando las visas de residentes temporales, permanentes y estudiantes.

3.2.2.c Clasificación de las visas

¹⁹⁵ Organización Mundial para las Migraciones. Glosario sobre Migración. Op. cit.

¹⁹⁶ Loc. cit.

En lo referente a las visas, la ley de Migración expresa que éstas podrán ser simples o múltiples. La visa simple será válida para una entrada y una salida del territorio nacional, será extendida por la DGM y los Consulados de Guatemala debidamente acreditados en el exterior y en casos especiales, en los puestos migratorios según se establezca en el reglamento y por su lado, la visa múltiple será válida para entrar y salir libremente del país por un número indefinido de veces y será extendida por la Dirección General de Migración previa solicitud del interesado.¹⁹⁷

La DGM además podrá extender las visas siguientes:

a) Visa de visitante o turista;

Las visas de visitante o turista serán expedidas por DGM y por los Consulados de Guatemala acreditados en el exterior. La visa de visitante será extendida al extranjero que desee ingresar al país con fines científicos, culturales, deportivos o académicos y la visa de turista se extenderá al extranjero que desee ingresar al país con fines únicamente de recreo, para lo cual deberá contar con medios económicos suficientes.

Estas visas tendrán una validez de 90 días prorrogables por el mismo período y por una sola vez, siendo necesaria la presentación del boleto de regreso o continuación del viaje

b) Visa de residente permanente y visa de residente temporal;

Las visas para residentes serán múltiples. Para los residentes permanentes tendrán vigencia por un período de cinco (5) años y para los residentes temporales por el período que dure su residencia. Serán otorgadas por la DGM.

c) Visa de tránsito;

La visa de tránsito será expedida a favor de los extranjeros que tengan que ingresar al territorio nacional para dirigirse al país de su destino. Esta visa tendrá una validez de

¹⁹⁷ Congreso de la República, Ley de Migración. Op. Cit. Artículos 77 al 86.

setenta y dos horas prorrogables solamente cuando se presenten las situaciones establecidas en la Ley de Migración.

Las visas de tránsito se otorgarán en los Consulados de Guatemala debidamente acreditados en el exterior y en cualquiera de los puestos de los controles migratorios aéreos, terrestres o marítimos, previa presentación de la visa del país de destino.

d) Visa diplomática, visa consular, visa oficial y visa de cortesía;

El Ministerio de Relaciones Exteriores concederá las visas diplomáticas, consulares, oficiales y de cortesía, de conformidad con el reglamento respectivo, el cual establecerá los requisitos y procedimientos para su extensión, debiendo informar mensualmente a la DGM de las visas que conceda.

e) Visa de negocios;

La visa de negocios será extendida por los Consulados de Guatemala debidamente acreditados en el exterior y por la DGM a los extranjeros que, actuando en forma individual o en representación debidamente acreditada de entidades extranjeras de carácter lucrativo, viajen por motivos de negocios lícitos; ésta visa tendrá una vigencia de ciento ochenta días, prorrogables por el mismo período por una sola vez. Los requisitos y procedimientos para la obtención de esta visa se establecerán en el reglamento de esta ley.

f) Visa de estudiante;

La DGM y los Consulados de Guatemala acreditados en el exterior, extenderán visa de estudiante a los extranjeros que ingresen al país con el propósito de estudiar en centros educativos reconocidos oficialmente. Los requisitos y procedimientos para la obtención de ésta visan deberán establecerse en el reglamento.

Por otro lado, resulta importante resaltar lo contemplado en el artículo 73 de la ley de Migración, que establece que, “*para ingresar a territorio nacional los extranjeros deberán*

presentar documento de viaje válido y la visa correspondiente, salvo lo establecido en Tratados, Acuerdos o Convenios Internacionales de los cuales Guatemala sea parte (...)”.

El resaltado es propio. Por lo que previo a ingresar al país se debe determinar si es o no necesaria una visa de ingreso, lo cual y de acuerdo al Reglamento de la Ley de Migración atiende a razones de interés nacional y de conformidad con los convenios multilaterales o bilaterales suscritos por Guatemala o de acuerdo a la política migratoria de la República de Guatemala. Para ello, la DGM debe presentar al Consejo Nacional de Migración una clasificación de países en categorías A, B, C y D de acuerdo a lo estipulado en los artículos 65 al 68 del Reglamento de la Ley de Migración y que contienen:

- a) **De la Categoría A.** Pertenecen a la categoría “A” aquellos países con los que, de conformidad al Artículo 73 de la Ley de Migración, el Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo establecido en Tratados, Acuerdos o Convenios Internacionales de los cuales Guatemala sea parte, o por simple cruce de notas, celebrare acuerdos de supresión de visas, exceptuando las visas de residentes temporales, permanentes, de negocios y de estudiantes..
- b) **De la Categoría B.** Pertenecen a la categoría “B” los países a cuyos nacionales, de acuerdo a la política migratoria guatemalteca se les requiera de visa o tarjeta de turismo.
- c) **De la Categoría C.** Pertenecen a la categoría “C” los países a cuyos nacionales de acuerdo a la política Migratoria Guatemalteca, se le requiera de visa consular obligatoria.
- d) **De La Categoría “D”.** pertenecen a la categoría “D” los países para los que el consejo Nacional de Migración determine obligatoriedad de consulta a la DGM, previa a la emisión de visas a sus nacionales.

A extranjeros que posean residencia en otro país de diferente categoría al de su origen, se le aplicará la clasificación que le corresponde al país en donde residen. Dicha clasificación de todos los países del mundo, se encuentra contenida como anexo a la presente investigación.

3.3.3 Código de Migración

El Código de Migración, deroga parcialmente la Ley de Migración (que data desde el año 1998) y, dejan vigente únicamente el *Título X sobre Delitos y Faltas*, que fue modificado en el año 2015.

Previo a analizar lo relativo a las visas y los efectos legales en materia migratoria es importante traer a colación los títulos derogados de la Ley de Migración que abordan, esencialmente el objeto y campo de aplicación, autoridades migratorias, categorías migratorias, registro de extranjeros residentes, documentos de viaje, visas, entre otros.

Igualmente resulta valioso hacer un breve análisis de la nueva normativa de migración, pues enriquecerá al lector y dará entrada a lo que acontece con la presente investigación.

3.3.3.a Resumen del contenido del Código de Migración

La nueva regulación en materia migratoria contempla varios aspectos tales como el fortalecimiento a la seguridad migratoria del país, el reconocimiento pleno al derecho a migrar y el respeto a los derechos de las personas migrantes e incluye una reestructuración institucional, promoviendo una regularización migratoria más ordenada abordando elementos del derecho migratorio internacional.

a. Protección a migrantes

El Código contempla lo relacionado a la protección a migrantes en sus artículos 1 al 20 y 26, lo que a continuación se relata.¹⁹⁸

El nuevo Código de Migración reconoce plenamente el derecho a migrar e incorpora de forma armónica la responsabilidad del Estado en garantizar sin discriminación alguna la integridad personal, la vida y la libertad de toda persona extranjera que se encuentre en territorio nacional, estableciendo una debida atención, asistencia, seguridad y protección

¹⁹⁸ Congreso de la República, Código de Migración. Op. Cit. Artículos 1 al 20 y 26.

para el migrante tanto en categoría de asilados y refugiados como para trabajadores migratorios, sus familiares y demás migrantes que ingresen al país con fines lícitos.

Asimismo, contempla una definición del derecho migratorio guatemalteco, siendo éste el que regula la libertad de las personas de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional, de acuerdo con los derechos fundamentales de las personas reconocidos en la Constitución Política de la República, la legislación nacional y los instrumentos internacionales.

Con respecto al derecho al trabajo de migrantes, el Código reconoce que el Estado de Guatemala debe garantizar a toda persona migrante y sus familias los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, la legislación nacional y el derecho internacional reconocido en nuestro país, tales como los establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convenio No. 97 de la Organización Internacional de Trabajo -OIT- relativo a los trabajadores migrantes y Convenios de las Naciones Unidas de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos -ACNUDH-, entre ellos el derecho a circular libremente, elegir su residencia en territorio de un Estado, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero y no discriminación.

Define al trabajador migratorio como *“toda persona extranjera que realice actividades remuneradas en territorio nacional”* y reconoce distintas categorías de trabajador migratorio:

- a) Trabajadores transfronterizos e itinerantes
- b) Trabajadores de temporada
- c) Trabajador consultor, asesor o técnico especializado
- d) Trabajador por cuenta propia

b. Facilitación a la regularización migratoria

El código contiene en sus artículos 1 al 20 lo relativo a la regularización migratoria, lo que se desarrolla a continuación:¹⁹⁹

Con respecto a los centroamericanos se contempla que podrán ingresar al país como turistas portando su documento de identidad nacional en original o pasaporte vigente, atendiendo al principio de reciprocidad. Con respecto a este tema, Guatemala ratificó desde el año 2005 el *Convenio CA-4* que reconoce el libre ingreso para nacionales de los países de El Salvador, Nicaragua y Honduras, por lo que se entiende que con esta nueva normativa dicho reconocimiento se extenderá a nacionales de los países de Belice, Panamá y Costa Rica.

La permanencia de personas extranjeras estará sujeta a su estatus migratorio, el cual podrá ser ordinario o extraordinario, considerando a personas extranjeras con estatus migratorio ordinario a los turistas o viajeros, residentes temporales y residentes permanentes y a los extranjeros con estatus migratorio extraordinario a quienes permanezcan de forma provisional por orden judicial o refugio, por atención especial a protección de personas vulnerables. Por otro lado, son considerados con status migratorio especial los trabajadores transfronterizos o itinerantes, funcionarios diplomáticos, consulares o de organismos internacionales, invitados especiales de los Organismos del Estado y grupos artísticos, culturales, religiosos, deportivos o educativos.

Igualmente se instituyen planes de regularización migratoria mediante los cuales el migrante que radica en situación irregular en el territorio nacional, podrá obtener un estatus migratorio ordinario.

Se contempla la emisión de documento de identidad, no sólo a los residentes permanentes como lo es en la actualidad, sino también a los residentes temporales.

c. Reestructuración institucional

¹⁹⁹ Ibid. Artículos 1 al 20.

El Código establece lo relacionado a la reestructuración institucional, que se encuentra abarcado en los artículos 67, 106 al 111 y que se relacionan a continuación.²⁰⁰

Se desliga a la DGM del Ministerio de Gobernación (actual autoridad máxima en materia migratoria) y se crea el Sistema Migratorio Guatemalteco que estará conformado por la Autoridad Migratoria Nacional, el Instituto Guatemalteco de Migración y el Consejo Nacional de Atención al Migrante. Dicho sistema migratorio, tendrá como fin velar por el migrante, la regulación apropiada y efectiva del ingreso - salida de guatemaltecos y extranjeros y, deberá actuar bajo los principios de *oficiosidad, oportunidad, independencia e imparcialidad y transparencia*, según lo expreso en su artículo 112.

En lo que respecta al Instituto Guatemalteco de Migración como dependencia descentralizada del Organismo Ejecutivo y que sustituirá a la actual Dirección General de Migración, tendrá la competencia exclusiva para la ejecución de la política migratoria y deberá, entre otros asuntos, velar por los derechos de las personas migrantes, establecer oficinas administrativas para atención a migrantes en *territorio nacional y extranjero*, dirigir y controlar la aplicación de las disposiciones para el ingreso de personas extranjeras al territorio nacional, así como su permanencia e ingreso y promoción a la profesionalización del recurso humano del Instituto Guatemalteco de Migración.

Adicionalmente, se crea la carrera migratoria, la cual constituye una profesión reconocida por el Estado, que comprenderá esencialmente el proceso de selección, formación y capacitación a través de la cual la administración migratoria garantizará contar con personal debidamente calificado, con vocación de servicio y ética en el desempeño de sus funciones, lo cual responderá con el debido cumplimiento de los principios rectores del sistema migratorio, especialmente la *oficiosidad y transparencia*.²⁰¹

²⁰⁰ Ibid. Artículos 67, 106 al 111.

²⁰¹ Ibid. Artículos 149 al 152.

Igualmente, se le otorga al Instituto la potestad para imponer sanciones en el ámbito exclusivo de su competencia, entre ellos la imposición de faltas administrativas, sanciones pecuniarias y ordenar el abandono del país.²⁰²

d. Visas y estatus migratorio

El Código de Migración establece en su artículo 105 que las visas extendidas por Guatemala a personas extranjeras autorizan a esa persona a poder ingresar, transitar, permanecer y egresar del país por el tiempo determinado en el propio documento. El tiempo puede ser cambiado en razón de cambiar su estatus migratorio de acuerdo a las categorías definidas en dicho Código.

Con respecto a los procedimientos para la obtención de visa guatemalteca, así como su forma, duración y demás requerimientos será regulado en el reglamento específico de visas.

En lo que respecta al estatus migratorio, el Código establece que las personas extranjeras pueden permanecer en el país en razón del tiempo autorizado de acuerdo al estatus ordinario o extraordinario que le sea otorgado por disposición del Código.

En ese orden de ideas, el estatus migratorio lo categoriza como estatus migratorio ordinario, extraordinario y especial.

e. Estatus migratorio ordinario

El estatus ordinario migratorio se encuentra contemplado en los artículos 72 al 80 del CM, y según lo citado es la categoría migratoria que se les otorga a las personas extranjeras en razón de su ingreso y permanencia en el territorio nacional de acuerdo a la siguiente clasificación²⁰³:

i. Turista o viajero

²⁰² Ibid. Artículo 192.

²⁰³ Ibid. Artículos 72 al 80.

Son turistas o viajeros las personas extranjeras que han ingresado de forma regular con fines lícitos, sin propósito de obtener una residencia temporal o permanente, cuyo plazo no podrá ser mayor de 90, prorrogable por una sola vez.

Las personas técnicas, profesionales, científicas, culturales, deportistas o religiosas, que por razones de sus conocimientos son requeridas por instituciones públicas o privadas, para permanecer y desarrollar una actividad de consulta o asesoría remunerada por un período que no supera los ciento ochenta días.

ii. Residente temporal

Cuentan con el estatus de residente temporal, las personas que el Instituto Guatemalteco de Migración les extienda un documento que los reconoce como residentes temporales, identificados a continuación:

- Trabajadores migrantes: Las personas extranjeras que han sido autorizadas a permanecer en el país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, bajo la dependencia y dirección de un patrono. Los trabajadores migrantes podrán solicitar residencia temporal por el plazo de 1 a 5 años.

- Estudiantes: Las personas extranjeras autorizadas para residir en el país por razones de estudio en cualquiera de los niveles educativos. Se les autorizará el estatus de residencia temporal de estudiante por el período correspondiente al ciclo educativo o la duración de los cursos universitarios correspondientes de acuerdo a lo regulado por este Código.

- Deportistas y artistas: Las personas extranjeras contratadas por personas jurídicas o individuales que presten sus servicios especializados como deportistas o artistas, se les autorizará el estatus de residencia temporal de acuerdo al período de duración del contrato específico o hasta por un período máximo de 5 años.

- Inversionistas: Las personas extranjeras que realicen inversiones en el país

- Intelectuales, investigadores y científicos: Las personas que se dedican a actividades científicas, de investigación y académicas que sean contratadas por entidades para la realización de trabajos propios de sus conocimientos.

- Ministros de culto o religiosos: Los ministros de culto o religiosos extranjeros con pertenencia a una entidad religiosa reconocida oficialmente por el Estado.

Tanto a los inversionistas como a los intelectuales y ministros de culto, se les autorizará por un plazo no mayor de 5 años.

La descripción de los requisitos para el cumplimiento de reconocimiento del estatus de residente temporal, deberán definirse en el reglamento correspondiente que a la fecha no existe.

iii. Residente permanente

Son residentes permanentes las personas que además de cumplir con los otros requisitos legales, desean adquirir domicilio en el país, los cuales serán establecidos en el reglamento correspondiente y que se encuentran dentro de los siguientes criterios: a) Han sido residentes temporales por un período igual o mayor de 5 años; b) tienen un año o más de haber contraído matrimonio o declarado la unión de hecho con persona guatemalteca; c) Los familiares, dentro de los grados de ley, de persona guatemalteca que tienen otra nacionalidad; d) Los nacidos en otros países de Centro América cuando han sido residentes temporales por un período de un año; e) Los rentistas o pensionados, que son las personas que han sido autorizadas para residir en el país y que cuentan con ingresos permanentes lícitos provenientes del extranjero.

Se entiende, como regla especial para el estatus de residente permanente rentista o pensionado, todos los beneficios y exoneraciones que sean regulados en el reglamento específico para estos casos, serán aplicables a las personas guatemaltecas de origen que se hayan naturalizado en otros países y que regresen pensionados o jubilados por gobiernos o entidades privadas.

f. Estatus migratorio extraordinario

El CM reconoce circunstancias extraordinarias de permanencia que permiten a una persona extranjera estar en territorio nacional, lo cual está contemplado en los artículos 81 al 88 y son las siguientes:²⁰⁴

i. Estatus de permanencia provisional.

La permanencia provisional es la estadía de personas extranjeras en el territorio nacional y se otorga en los siguientes casos: a) Por orden judicial para que pueda comparecer como testigo, perito o víctima, por el tiempo estrictamente necesario; b) Por solicitud de autoridad guatemalteca para gestiones que requieren su presencia física, por el tiempo estrictamente necesario y c) Por solicitud de refugio, por el plazo de treinta días prorrogables.

ii. Estatus de permanencia de atención especial.

Pueden obtener este estatus las personas extranjeras que son víctimas de tortura, víctimas de trata, víctimas de violencia sexual, mujeres en circunstancias particulares, niños, niñas no acompañados o separados de sus familiares, personas mayores, personas perturbadas psicológicamente y otros.

iii. Estatus de permanencia por razón humanitaria

Cuando las personas extranjeras ingresan a Guatemala por las razones definidas en el artículo 68 del CM, se les otorgará el estatus de permanencia por razón humanitaria comprobada.

Al respecto, las personas deberán ser identificadas mediante boletas especiales que deben portar en todo momento y las cuales deben contener los datos de identificación personal, si han ingresado acompañados de su familia o cualquier familiar consanguíneo,

²⁰⁴ Ibid. Artículos 81 al 88.

las razones que le otorgan el estatus, la firma y el sello del Subdirector para la Atención, Asistencia y Protección de Derechos Fundamentales de los Migrantes y el Director General del Instituto Guatemalteco de Migración.

g. Estatus migratorio especial

Lo referente al estatus migratorio especial, se encuentra abarcado en el artículo 88 de del CM y establece que el estatus especial lo poseen aquellas personas que por su actividad o situación no se encuentran dentro de las definidas como ordinarias o extraordinarias siendo las siguientes:²⁰⁵

a) Trabajadores transfronterizos e itinerantes.

b) Trabajadores conforme la literal b) del artículo 13 del Código de Trabajo. En estos casos, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social deberá comunicar lo correspondiente.

c) Los funcionarios diplomáticos, consulares o de organismos internacionales que se registrarán por las disposiciones de los convenios internacionales correspondientes de los que Guatemala es parte.

d) Invitados especiales de los Organismos del Estado y sus dependencias o de los órganos autónomos y descentralizados quienes comunicarán de las gestiones que deban realizarse para las comitivas que acompañen a sus invitados.

e) Grupos artísticos, culturales, religiosos, deportivos o educativos que viajan juntos bajo la responsabilidad de una persona determinada.

La Subdirección de Control Migratorio será la encargada de calificar y otorgar dicho estatus en el caso de que las personas no encuadren en ninguna de las categorías

²⁰⁵ Ibid. Artículo 87.

ordinarias o extraordinarias. Se exceptúan los funcionarios indicados en la literal c), por ser estos sujetos de tratamiento exclusivo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

h. Trabajadores migratorios

Lo referente a los trabajadores migratorios, se encuentra en el artículo 26 de la referida norma y se define al trabajador migratorio como *toda persona extranjera que realice actividades remuneradas en territorio nacional* y se clasifica dentro de las siguientes categorías:

a) Trabajadores transfronterizos e itinerantes: El trabajador transfronterizo es aquella persona que reside en territorio de un Estado vecino al que regresa al final de su jornada diaria de trabajo, o por lo menos una vez a la semana; asimismo los trabajadores itinerantes son los que realizan la misma actividad y que transitan entre Guatemala y Belice, hasta que el Diferendo Territorial, Insular y Marítimo sea resuelto por la Corte Internacional de Justicia.

b) Trabajadores de temporada: Persona cuyas actividades dependen de las condiciones de la estación propia del año, o por la naturaleza del trabajo solo se realiza durante un tiempo determinado del año.

c) Trabajador consultor, asesor o técnico especializado: Persona que realiza sus actividades por un período no mayor a trescientos sesenta y cinco días y que sean requeridos por el contratante específicamente como consultor, asesor o técnico especializado y que no requieren de solicitar una residencia permanente.

d) Trabajador por cuenta propia: Todo trabajador que realiza actividades comerciales e industriales por su propia cuenta o con sus familias y que tiene autorización para realizar actividades remuneradas dentro del territorio nacional.

El Instituto Guatemalteco de Migración podrá sugerir la ampliación de las categorías y proponer la reglamentación de las condiciones cuando las circunstancias lo ameriten.

De momento no existe ampliaciones de las categorías ni reglamentación puesto que las

ambas leyes, la Ley de Migración y el Código se encuentran en fase de transición y lo cual, según se proyecta se resolverá en los subsiguientes dos años. Lo anterior con base a lo estipulado mediante el Acuerdo Gubernativo 83-2017²⁰⁶ que fue creado para dar continuidad a los servicios y actividades en materia migratoria, en tanto se emita la reglamentación correspondiente y entre en funcionamiento el Instituto Guatemalteco de Migración, además en él se expresa que todas las dependencias cuya competencia las vincule con la materia migratoria, continuarán prestando los servicios, hasta que entre en funcionamiento el Instituto Guatemalteco de Migración y el respectivo reglamento.

3.3.3.b Contenido laboral en el Código de Migración

Por otro lado, resulta importante manifestar que el Código de Migración, amplía y llena algunos de los vacíos legales del Código de Trabajo, en lo que respecta a temas de extranjeros, a continuación se desarrolla lo relacionado al tema laboral y que se encuentra contenido dicho cuerpo legal.

El artículo 21 del CM establece que *“El Estado de Guatemala garantiza a toda persona trabajadora migrante y sus familias los derechos reconocidos en la Constitución Política de la República, la legislación nacional y el derecho internacional debidamente reconocido en nuestro país.”* Y en su artículo 22 que *“Toda interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia de trabajadores migrantes, de igual forma que los guatemaltecos, se interpretará en el sentido más favorable para el trabajador.”*

Evidentemente el CM refuerza y legisla de forma local las garantías mínimas que debe velarse para los migrantes de acuerdo a los principios del derecho migratorio internacional.

²⁰⁶ Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo 83-2017. Fecha de emisión 5 de mayo de 2017.

Asimismo, el Código adopta como derechos sociales mínimos para los trabajadores migrantes y la actuación de las entidades administrativas del Estado y de los tribunales, los siguientes:

- a) La libertad en la elección de trabajo y de las condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajador y a su familia una existencia digna;
- b) La remuneración equitativa, no menor al salario mínimo vigente y en moneda de curso legal; puede pactar con el patrono remuneración en moneda legal y vigente de otro país;
- c) Inembargabilidad del salario en los casos que ha determinado el derecho laboral nacional vigente; de igual forma los equipos o implementos personales de trabajo;
- d) El respeto a las jornadas de trabajo, vacaciones, licencias, indemnización y demás derechos reconocidos en la legislación nacional del trabajo;
- e) El pago de prestaciones extraordinarias conforme la legislación nacional vigente o bien conforme lo pactado con el patrono;
- f) El derecho de las mujeres trabajadoras migrantes a la protección especial para su condición de maternidad.
- g) La prohibición de ocupar niños, niñas o adolescentes en trabajos, salvo lo establecido como excepción conforme el derecho nacional e internacional;
- h) Otorgamiento de beneficios económicos para la familia cuando suceda la muerte, de acuerdo a lo establecido para cada caso conforme la legislación nacional e interna de la entidad en donde desempeñaba su trabajo.²⁰⁷

Igualmente contempla que las personas migrantes trabajadoras y sus familiares beneficiarios tienen derecho a obtener los servicios y beneficios del Instituto

²⁰⁷ Congreso de la República de Guatemala, Código de Migración . Op. cit. Artículo 83.

Guatemalteco de Seguridad Social. Para el efecto, deben ser inscritos y deben aportar las cuotas de forma correspondiente con las normas emitidas por el Instituto.

Por otro lado, señala que los empleadores de trabajadores migrantes con autorización vigente en el país deberán informar al Instituto Guatemalteco de Migración en los casos que sus empleados extranjeros sean despedidos o hayan renunciado, pudiendo exigir el trabajador migrante el pago de sus prestaciones conforme el derecho laboral guatemalteco.²⁰⁸

Resulta por demás notorio que el Código de Migración refuerza las garantías y derechos mínimos sociales de los migrantes, haciéndolo también extensivo a sus familiares, además contempla un catálogo de visas más apegado a la actualidad y que indudablemente favorecerá a que el cumplimiento de las mismas sea más efectivo de cómo lo es en la realidad.

3.4 INCIDENCIA EN EL DERECHO FISCAL

3.4.1. Generalidades

La obligación tributaria, tal y como lo establece el artículo 14 del Código Tributario²⁰⁹ es un vínculo jurídico de carácter personal, entre la administración tributaria y otros entes públicos acreedores del tributo y los sujetos pasivos de ella, además tiene por objeto la prestación de un tributo, surge al realizarse el presupuesto del hecho generador previsto en la ley y conserva su carácter personal a menos que su cumplimiento se asegure mediante garantía real o fiduciaria, sobre determinados bienes o con privilegios especiales. Es decir que la obligación de tributar, además de ser una obligación, en principio personal, surge al efectuarse el hecho generador preestablecido en ley.

²⁰⁸ Ibid. Artículo 24.

²⁰⁹ Congreso de la República de Guatemala. Código Tributario, Decreto Número 6-91. Fecha de emisión 25 de marzo de 1991. Artículo 14.

Esta ley tiene carácter de orden público lo que significa que es imperativa y que a ésta deben sujetarse todos los habitantes de la República de Guatemala.

Por su parte, el Código de Migración establece en el artículo 35 que los trabajadores migrantes están sujetos al pago de impuestos, tasas, arbitrios y multas establecidas de forma general y específica en la legislación nacional y por su parte, el artículo 44 de la Ley del Migración estipula que una de las causas para perder la calidad de residentes, es la omisión del pago de impuestos a los que estuvieren obligados. Ciertamente, los extranjeros, sin importar si situación legal están obligados al pago de sus tributos.

A continuación, se desarrollan los impuestos más importantes a los que están sujetos los extranjeros que realizan actividades en Guatemala.

3.4.2 Impuesto sobre la Renta

En doctrina, existen varios conceptos materiales de renta y del impuesto sobre la renta en sí, por lo que se detallan brevemente a continuación los más conceptos más generales para tener un claro entendimiento de lo que la ley de la materia engloba este tipo de impuesto.

Renta es la riqueza que en un intervalo dado de tiempo ingresa, deducido por los gastos, en la economía del contribuyente, en adición al capital poseído por el mismo contribuyente, al principio de ese mismo intervalo de tiempo. Esta se define como la Teoría de la Renta en función del incremento patrimonial.²¹⁰

Por otro lado se establece que renta es la riqueza que, deducidos los gastos en un intervalo dado de tiempo separa el contribuyente, a modo de fruto natural o civil, de las cosas poseídas por él: tierras, casas, empresas, profesiones, empleos, préstamos, etc.

²¹⁰ Perez de Ayala, Jose Luis y Eusebio Gonzalez. *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I. Madrid, España. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1978. p. 171

En esta aceptación es renta sólo el ingreso real o monetario que se deriva de una fuente estable, permanente y productiva, esta se define como la teoría de la fuente.²¹¹

Por último, una tercera concepción, en donde renta es la riqueza que disfruta el contribuyente de un modo efectivo, en un intervalo dado de tiempo, consumiéndola. Esta se define como la teoría de la renta gastada o consumida.²¹²

Ahora bien, la imposición sobre la renta, sea cual fuese su teoría, incide en razón de su realización o percepción, de acuerdo con los nuevos criterios, en virtud del *enriquecimiento real económico* y de su condición de *directo y personal susceptible*, por tal razón, grava con incidencia diferente los distintos niveles de fortuna.²¹³

El impuesto sobre la renta descansa en el principio de la habilidad o capacidad de pago del contribuyente. La habilidad o capacidad de pago del contribuyente es sinónimo de la capacidad económica del mismo que se mide por medio del ingreso percibido en dinero, en crédito, en valores, en derechos, en especie o en cualesquiera otras formas, siempre que se pueda medir objetivamente, en términos monetarios, durante el período o año imponible.²¹⁴

En conclusión, el impuesto sobre la renta se caracteriza por no requerir de una contraprestación directa o determinada por parte del Estado. Se basa en el principio de capacidad contributiva, el que sugiere que quienes más tienen, más deben aportar al financiamiento del gasto público. Surge exclusivamente de la potestad tributaria del Estado.²¹⁵

²¹¹ *Ibid.*, p. 172 y 173

²¹² *Ibid.*, p. 173

²¹³ Plazas Vega, Mauricio A. *El liberalismo y la teoría de los tributos*. Colombia. Editorial Temis, S.A., 1995, p. 381.

²¹⁴ Flores, Enrique. *El impuesto sobre la renta*. Costa Rica. Impuesto sobre la renta y lo contencioso administrativo. Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA. 1973. p.75

²¹⁵ Granados, Tuncho. *El compendio del contribuyente*. Guatemala. Ediciones Fiscales, S.A. 2009. p. 23.

En lo que respecta a la legislación, la ley del impuesto sobre la renta, estipula y define los distintos tipos de renta que pueden estar sujetos al gravamen correspondiente, en ese sentido este tributo grava toda renta generada de fuente guatemalteca que se aplica tanto a los ciudadanos, como a las sociedades jurídicas, sin distinciones de nacionalidad o domicilio de éstas.

El impuesto sobre la renta es un gravamen de naturaleza personal que se grava a todas las rentas que obtengan las personas individuales, jurídicas, entes o patrimonios, sean éstos nacionales o extranjeros, residentes o no en el país. Claro está que los extranjeros, sea cual fuere su situación migratoria serán sujetos obligados en tanto produzcan rentas gravadas y de conformidad con lo que establece la Ley de Actualización Tributaria Decreto 10-2015 del Congreso de la República.

3.4.2.a Rentas gravadas

Las rentas gravadas según la Ley de Actualización Tributaria son las siguientes: a) Las rentas de las actividades lucrativas, b) las rentas del trabajo y c) las rentas del capital y las ganancias de capital. A continuación se desarrolla cada una de ellas, en lo aplicable para el presente estudio.

a. Rentas de actividades lucrativas

Se entiende por actividades lucrativas, las que suponen la combinación de uno o más factores de producción, con el fin de producir, transformar, comercializar, transportar o distribuir bienes para su venta o prestación de servicios, por cuenta y riesgo del contribuyente.²¹⁶

²¹⁶ Congreso de la República de Guatemala, Ley de Actualización Tributaria Decreto Número 10-2012. Fecha de emisión 1 de marzo de 2012. Artículo 10

Con carácter general, las rentas de actividades lucrativas son todas las rentas generadas dentro del territorio nacional, se disponga o no de establecimiento permanente desde el que se realice toda o parte de esa actividad.

Entre las relacionadas con la presente investigación, se consideran como tales las siguientes:

- a) La prestación de servicios en Guatemala y la exportación de servicios desde Guatemala.
- b) Los servicios de asesoramiento jurídico, técnico, financiero, administrativo o de otra índole, utilizados en territorio nacional que se presten desde el exterior a toda persona individual o jurídica, ente o patrimonio residente en el país, así como a establecimientos permanentes de entidades no residentes.
- c) Las dietas, comisiones, viáticos no sujetos a liquidación o que no constituyan reintegro de gastos, gastos de representación, gratificaciones u otras remuneraciones obtenidas por miembros de directorios, consejos de administración, concejos municipales y otros consejos u órganos directivos o consultivos de entidades públicas o privadas, que paguen o acrediten personas o entidades, con o sin personalidad jurídica residentes en el país, independientemente de donde actúen o se reúnan
- d) Los honorarios que se perciban por el ejercicio de profesiones, oficios y artes sin relación de dependencia.

Resulta oportuno resaltar, es que según esta ley ser contribuyente del Impuesto Sobre la Renta regulado por actividades lucrativas, no otorga la calidad de comerciante a quienes el Código de Comercio no les atribuye esa calidad. Es decir que no se puede catalogar a éstos contribuyentes como comerciantes, en tal caso se debe tener claro que los comerciantes son aquellos quienes ejercen en nombre propio y con fines de lucro actividades como la industria dirigida a la producción o transformación de bienes y a la

prestación de servicio, la intermediación en la circulación de bienes y a la prestación de servicios, la banca, seguros y fianzas y los auxiliares de las anteriores.²¹⁷

Son contribuyentes del impuesto las personas individuales, jurídicas y los entes o patrimonios, residentes en el país, que obtengan rentas afectas en este título. No se distingue nacionalidad.²¹⁸

Existen dos regímenes para las rentas de actividades lucrativas, siendo éstas las del a) Régimen Sobre las Utilidades de Actividades Lucrativas y b) Régimen Opcional Simplificado Sobre Ingresos de Actividades Lucrativas.

Para inscribirse a uno de los regímenes establecidos, los contribuyentes deben indicar a la Administración Tributaria, el régimen que aplicarán, de lo contrario la Administración Tributaria los inscribirá en el Régimen Sobre las Utilidades de Actividades Lucrativas, pudiendo cambiar de régimen previo aviso a la Administración Tributaria, siempre y cuando lo presenten durante el mes anterior al inicio de la vigencia del nuevo período anual de liquidación.²¹⁹

A continuación se desarrollan los diferentes tipos de regímenes aplicables a este impuesto:

- ***Régimen Sobre las Utilidades de Actividades***

Los contribuyentes que se inscriban a este régimen, deben determinar su renta imponible, deduciendo de su renta bruta las rentas exentas y los costos y gastos deducibles de conformidad con la LACT y debe sumar los costos y gastos para la generación de rentas exentas.²²⁰

²¹⁷Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio, Op. cit. Artículo 2

²¹⁸Congreso de la República de Guatemala, Ley de Actualización Tributaria. Op. cit. Artículo 12.

²¹⁹Ibíd., Artículos 50 y 51.

²²⁰Ibíd., Artículo 19.

Para efectos del cálculo del impuesto se debe definir que la renta bruta, constituye el conjunto de ingresos y beneficios de toda naturaleza, gravados o exentos, habituales o no, devengados o percibidos en el período de liquidación, provenientes de ventas de bienes o prestación de servicios y otras, así como los ingresos provenientes de ganancias cambiarias en compraventa de moneda extranjera y las originadas de revaluaciones, re expresiones o remediciones en moneda extranjera que se registren por simples partidas de contabilidad. También constituyen renta bruta los beneficios originados por el cobro de indemnizaciones en el caso de pérdidas extraordinarias sufridas en los activos fijos, en el monto de la indemnización que supere el valor en libros de los activos.²²¹

En ese sentido, también resulta importante que previo a la determinación del impuesto se deduzcan todos los costos y gastos correspondientes que la LACT considera como tales, encontrándose éstos enlistados en el artículo 21 y que oscilan entre 30 tipos de costos y gastos tales como costos de producción y de venta de bienes, gastos de transporte y combustible, sueldos, salarios, bonificaciones, entre otros. Y para que en efecto sean procedentes, deben reunir los requisitos contenidos en el artículo 22, que entre ellos se estipula que para que sean deducibles deben ser útiles, necesarios, pertinentes o indispensables para producir o generar la renta, tener los documentos o medios de respaldo de los mismos, etcétera.

Los artículos 36 al 38 de la LAT establecen lo referente al tipo impositivo y el período de liquidación, correspondiendo el tipo impositivo de este régimen al 25% que se aplica a la base imponible determinada, y el período de liquidación definitiva anual, principia el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año y debe coincidir con el ejercicio contable del contribuyente. Pudiendo éste variar con autorización de la Administración Tributaria a solicitud del contribuyente.

Para tal efecto, el contribuyente deberá realizar pagos trimestrales, dicha renta se puede determinar con cualquiera de las siguientes formas:

²²¹Ibíd., Artículo 20.

1. Efectuar cierres contables parciales o una liquidación preliminar de sus actividades al vencimiento de cada trimestre; o,
2. Sobre la base de una renta imponible estimada en ocho por ciento (8%) del total de las rentas brutas obtenidas por actividades que tributan por este régimen en el trimestre respectivo, excluidas las rentas exentas.

Entre otras de las obligaciones del contribuyente con respecto a éste régimen es que se debe presentar una declaración jurada anual en donde se hará constar la liquidación efectiva anual y tener toda la documentación de respaldo adecuada, llevar la contabilidad completa, entre otras.²²²

- Régimen Opcional Simplificado Sobre Ingresos de Actividades Lucrativas

Los contribuyentes que se inscriban a este régimen deben determinar su renta imponible deduciendo de su renta bruta las rentas exentas. Los tipos impositivos de este régimen aplicables a la renta imponible (renta bruta menos renta exenta), serán los siguientes:²²³

Rango de renta imponible mensual	Importe Fijo	Tipo impositivo de
Q.0.01 a Q.30,000.00	Q.0.00	5% sobre la renta imponible
Q.30,000.01 en adelante	Q.1,500.00	7% sobre el excedente de Q.30,000.00

En este régimen el período de pago es mensual y se liquida y paga el impuesto por medio de retenciones que le efectúen quienes realicen el pago o acreditación en cuenta por la adquisición de bienes o servicios. Para efectos de retención de este impuesto la ley

²²²Ibíd., Artículos 39, 40 y 42.

²²³Ibíd., Artículos 43 y 44.

distingue a los Agentes de Retención, quienes están obligados pues a retener las rentas gravadas por este régimen.²²⁴

Resulta importante mencionar lo dispuesto en el artículo 17 de la LACT, que establece que cuando el profesional universitario, sin importar su nacionalidad, haya percibido renta y no esté inscrito como contribuyente, o esté inscrito pero no haya presentado sus declaraciones de renta, se presume salvo prueba en contrario, que obtiene por el ejercicio liberal de su profesión una renta imponible de treinta mil quetzales mensuales.

Este supuesto podría ser aplicable al extranjero que se haya graduado de universidad local o en todo caso que hubiese realizado la incorporación de su título profesional tal y como se expuso en el capítulo primero del presente estudio.

b. Rentas del trabajo

Constituye hecho generador del ISR proveniente de la Renta del Trabajo, la obtención de toda retribución o ingreso en dinero, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, que provenga del trabajo personal prestado en relación de dependencia, por personas individuales residentes en el país.²²⁵

Por ende, los contribuyentes de este impuesto son las personas individuales, residentes en el país, que obtengan ingresos en dinero por la prestación de servicios personales en relación de dependencia.²²⁶

Se incluyen como rentas del trabajo las establecidas en la LAT, así como las siguientes que se encuentran más vinculadas con la presente investigación:

²²⁴Ibíd., Artículos 45 y 46.

²²⁵Ibíd., Artículo 68.

²²⁶Ibíd., Artículo 71.

- a) El trabajo realizado dentro o fuera de Guatemala por un residente en Guatemala, que sea retribuido por otro residente en Guatemala o un establecimiento permanente u organismo internacional que opere en Guatemala.
- b) Las pensiones, jubilaciones y montepíos, por razón de un empleo realizado dentro del país, que pague o acredite a cualquier beneficiario un residente en Guatemala.
- c) Los sueldos, salarios, bonificaciones o viáticos no sujetos a liquidación o que no constituyan reintegro de gastos, y otras remuneraciones que las personas, entes o patrimonios, el Estado, entidades autónomas, las municipalidades y demás entidades públicas o privadas paguen a sus representantes, funcionarios o empleados en Guatemala o en otros países.
- d) Los sueldos, salarios, bonificaciones y otras remuneraciones que no impliquen reintegro de gastos, de los miembros de la tripulación de naves aéreas o marítimas y de vehículos terrestres, siempre que tales naves o vehículos tengan su puerto base en Guatemala o se encuentren matriculados o registrados en el país, independientemente de la nacionalidad o domicilio de los beneficiarios de la renta y de los países entre los que se realice el tráfico.
- e) Las remuneraciones, sueldos, comisiones, viáticos no sujetos a liquidación o que no constituyan reintegro de gastos, gastos de representación, gratificaciones o retribuciones que paguen o acrediten entidades con o sin personalidad jurídica residentes en el país a miembros de sus directorios, consejos de administración y otros consejos u organismos directivos o consultivos, siempre que dichos miembros se encuentren en relación de dependencia.

Dentro de este régimen se deben considerar y tener presentes las rentas que son consideradas como exentas, entre ellas se pueden mencionar las indemnizaciones por accidente o enfermedad, por tiempo servido, los gastos de representación, los aguinaldos, entre otros contenidos en el artículo 70 de la LAT.

En lo que respecta a la base imponible, período de liquidación y tipo impositivo, la ley establece que la base imponible se determina deduciendo de la renta neta las deducciones correspondientes contenidas en la ley, que el período de liquidación debe

realizarse de forma anual el cual principia el 1 de enero y termina el 31 de diciembre de cada año y el tipo impositivo y la determinación del mismo es el siguiente: ²²⁷

Rango de renta imponible	Importe Fijo	Tipo impositivo de
Q.0.01 a Q.300,000.00	Q.0.00	5% sobre la renta imponible
Q.30,000.01 en adelante	Q.15,000.00	7% sobre el excedente de Q.300,000.00

La gestión de este impuesto, según el artículo 75 de la LAT corresponde a los patronos y funcionarios públicos del Estado que paguen o acrediten a personas residentes en Guatemala remuneraciones de cualquier naturaleza por servicios provenientes del trabajo personal ejecutado en relación de dependencia, sean permanentes o eventuales. Dichos patronos están obligados a retener el impuesto. ²²⁸

Asimismo, es importante destacar que cuando el trabajador tenga más de un patrono, debe informar dicho extremo al patrono que le pague o acredite la mayor remuneración anual. Para determinar el monto de la retención total, según el tipo impositivo que le corresponda, el trabajador debe indicarle mediante declaración jurada, el monto de cada una de las retribuciones que recibe de los otros patronos. Simultáneamente, debe presentar a los otros patronos, copia del formulario presentado ante el patrono que actuará en calidad de agente de retención. ²²⁹

c. Rentas de Capital, Ganancias y Pérdidas de Capital:

El impuesto a las ganancias, grava pues, las ganancias de azar o extraordinarias (ganancias ocasionales) por implicar aumentos adicionales ocasionales en el capital. Generalmente tiene la naturaleza de complementario del impuesto básico de renta para

²²⁷Ibíd. Artículos 73 y 74.

²²⁸Loc. cit.

²²⁹Ibíd., Artículo 77.

garantizar que el tributo se extienda tanto a los ingresos ordinarias como a los extraordinarios.²³⁰

Asimismo, grava la posesión de riqueza, el capital integrado, generalmente a través de manifestaciones aisladas y representadas por determinados bienes muebles o inmuebles. Grava también las transacciones efectuadas en relación con los bienes que integran el capital, tales como los de beneficencia y los de anotación y registro, causados con ocasión de las transacciones sobre bienes.²³¹

En lo que respecta a la ley, constituye hecho generador de este impuesto las rentas de capital, de ganancias y pérdidas en dinero o en especie, que provengan de elementos patrimoniales, bienes o derechos, cuya titularidad corresponda al contribuyente residente o no en el país.²³²

Los contribuyentes de este impuesto son todas las personas individuales, jurídicas, entes o patrimonios sin personalidad jurídica, residentes en el territorio nacional, que obtengan rentas gravadas según lo que establece la LAT.²³³

De esa cuenta, las rentas afectas se encuentran detalladas en la respectiva ley, sin embargo, se identifican a continuación las que pudiesen ser, a criterio de la investigadora relacionadas con el presente estudio.²³⁴

- a) Los dividendos, utilidades, beneficios y cualesquiera otras rentas derivadas de la participación o tenencia de acciones en personas jurídicas, entes o patrimonios residentes en Guatemala o derivados de la participación en beneficios de establecimientos permanentes de entidades no residentes.

²³⁰ Plazas Vega, Mauricio A. Op.cit. p. 423

²³¹ Loc. Cit.

²³² Congreso de la República de Guatemala, Ley de Actualización Tributaria, Artículo 83.

²³³ *Ibíd.*, Artículo 85.

²³⁴ *Ibíd.*, Artículo 84.

- b) Los intereses o rendimientos pagados por personas individuales, jurídicas, entes, patrimonios o entidades residentes o que tengan establecimientos permanentes situados en el país, derivados de: i) depósitos de dinero; ii) la inversión de dinero en instrumentos financieros; iii) operaciones y contratos de créditos, tales como la apertura de crédito, el descuento, el crédito documentario o los préstamos de dinero; iv) la tenencia de títulos de crédito tales como los pagarés, las letras de cambio, bonos o los debentures o la tenencia de otros valores, en cualquier caso emitidos físicamente o por medio de anotaciones en cuenta; v) los diferenciales de precio en operaciones de reporto, independientemente de la denominación que le den las partes, u otras rentas obtenidas por la cesión de capitales propios; vi) el arrendamiento financiero, el factoraje, la titularización de activos; vii) cualquier tipo de operaciones de crédito, de financiamiento, de la inversión de capital o el ahorro.

- c) Las regalías pagadas o que se utilicen en Guatemala, por personas individuales o jurídicas, entes o patrimonios, residentes o por establecimientos permanentes que operen en Guatemala.

- d) Las rentas de capital derivadas de derechos, acciones o participaciones en una entidad, residente o no, cuyo activo esté constituido por bienes inmuebles situados en Guatemala.

- e) Las rentas de capital derivadas de la transmisión de derechos, acciones o participaciones en una entidad, residente o no, que atribuyan a su titular el derecho de disfrute sobre bienes muebles o inmuebles situados en Guatemala.

- f) Las rentas de capital derivadas de la transmisión de bienes muebles o inmuebles situados en territorio nacional o derechos reales sobre los mismos.

Ahora bien, la base imponible de las ganancias de capital se constituye de las siguientes formas: a) Ganancias de capital mobiliario: la renta generada en dinero o en especie

representada por el importe total pagado, acreditado o de cualquier forma puesto a disposición del contribuyente, menos las rentas de capital exentas, y b) Ganancias de capital inmobiliario, la constituye la renta generada en dinero o en especie representada por el importe total pagado, acreditado o de cualquier forma puesto a disposición del contribuyente, menos un treinta por ciento (30%) de esa renta en concepto de gastos, salvo prueba en contrario que se adjuntará a una declaración jurada a presentarse durante el mes de enero de cada año, con la documentación que acredite que el gasto fue mayor a ese porcentaje.²³⁵

Por otro lado, la base imponible para las ganancias y pérdidas de capital es el precio de la enajenación de los bienes o derechos menos el costo del bien registrado en los libros contables y en el caso de ganancias de capital por revaluación de bienes para aquellos contribuyentes no obligados a llevar contabilidad completa, la base imponible es el valor revaluado menos el valor de adquisición.²³⁶

En lo concerniente al tipo impositivo, el aplicable a la base imponible de las rentas de capital mobiliarias e inmobiliarias y para las ganancias de capital es del diez por ciento (10%) y para la distribución de dividendos, ganancias y utilidades, independientemente de la denominación o contabilización que se le dé, es del cinco por ciento (5%).²³⁷

En cuanto a la gestión del impuesto, toda persona que pague rentas de capital, por cualquier medio o forma, cuando proceda, debe retener el ISR y enterarlo mediante declaración jurada a la Administración Tributaria dentro de los 10 días del mes inmediato siguiente a aquel en que se efectuó el pago o acreditamiento bancario en dinero y en el caso de que no se efectúe retención, el contribuyente debe liquidar y pagar el impuesto a la Administración Tributaria, en el plazo de los primeros diez (10) días del mes inmediato siguiente de la misma forma.²³⁸

²³⁵ Ibid., Artículo 88.

²³⁶ Ibid., Artículo 89.

²³⁷ Ibid., Artículo 93.

²³⁸ Ibid. Artículo 94 y 95.

3.4.2.b Residencia fiscal

La LAT considera residente para efectos tributarios a la persona individual cuando ocurra cualquiera de las siguientes circunstancias (en lo que aplica a la presente investigación)²³⁹.

- a) Que permanezca en territorio nacional más de 183 días durante el año calendario, entendido éste como el período comprendido entre el uno 1 de enero al treinta y uno 31 de diciembre, aún cuando no sea de forma continua.
- b) Que su centro de intereses económicos se ubique en Guatemala, salvo que el contribuyente acredite su residencia o domicilio fiscal en otro país, mediante el correspondiente certificado expedido por las autoridades tributarias de dicho país.
- c) Las personas de nacionalidad extranjera que tengan su residencia en Guatemala, que desempeñen su trabajo en relación de dependencia en misiones diplomáticas, oficinas consulares o bien se trate de cargos oficiales de gobiernos extranjeros, cuando no exista reciprocidad.

3.4.2.c Establecimiento permanente

La LAT establece que existe establecimiento permanente en Guatemala cuando una persona individual, persona jurídica, organismo internacional, ente o patrimonio opera en cualquiera los siguientes casos:²⁴⁰

1. Por cualquier título, disponga en el país, de forma continuada o habitual, de un lugar fijo de negocios o de instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, en los que realice toda o parte de sus actividades;

²³⁹ Ibid., Artículo 6.

²⁴⁰ Ibid., Artículo 7.

2. Se incluye en este concepto toda obra, proyecto de construcción o instalación, o las actividades de supervisión en conexión con éstos, pero sólo si la duración de esa obra, proyecto o actividades de supervisión exceden de seis (6) meses.
3. Cuando una persona o ente distinto de un agente independiente, actúe en Guatemala por cuenta de un no residente, se considera que éste tiene un establecimiento permanente en Guatemala por las actividades que dicha persona realice para el no residente, si esa persona:
 - a) Ostenta y ejerce habitualmente en Guatemala poderes que la faculten para concluir contratos en nombre de la empresa; o,
 - b) No ostenta dichos poderes, pero mantiene habitualmente en Guatemala, existencias de bienes para su entrega en nombre del no residente.
4. Se considera que, salvo con relación al reaseguro y re afianzamiento, una empresa de seguros tiene un establecimiento permanente si recauda primas en el territorio nacional o asegura riesgos situados en él a través de una persona residente en Guatemala.
5. Se considera que existe un establecimiento permanente cuando las actividades de un agente se realicen exclusivamente, o en más de un cincuenta y uno por ciento (51%) por cuenta del no residente y las condiciones aceptadas o impuestas entre éste y el agente en sus relaciones comerciales y financieras difieran de las que se darían entre empresas independientes.
6. No se considera que existe establecimiento permanente en el país, por el mero hecho de que las actividades de un no residente se realicen en Guatemala, por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.

Lo anterior impacta en la presente investigación ya que, es posible que un extranjero no necesariamente se encuentre contratado de forma local, pero si éste último realiza actividades de negocio y dispone en el país, de forma continuada o habitual, de un lugar fijo para realizarlos, se consideraría que existe establecimiento permanente, según la LAT y lo consecuente de ello, es que estaría sujeto al pago del ISR correspondiente.

De esa cuenta, un extranjero no residente con establecimiento permanente, estaría sujeto al impuesto ISR bajo el régimen de Rentas de actividades lucrativas, aplicándole por ende, las disposiciones referentes a base imponible, tipo impositivo, período de liquidación y normas de gestión de dicho régimen.²⁴¹

Mientras que las rentas que, en este caso un extranjero obtenga sin establecimiento permanente en territorio nacional, la renta imponible correspondiente estará constituida por el monto que le haya sido efectivamente pagado o acreditado en cuenta Y la base imponible correspondiente será conforme al régimen de las ganancias de capital.²⁴²

El tipo impositivo en estos casos, variarán de un 5% hasta un 15% tal y como lo estipula el artículo 104 de la LAT.

3.4.3. Impuesto al Valor Agregado

La creciente importancia del impuesto a las ventas, particularmente en su modalidad de impuesto al valor agregado, supera los límites nacionales para convertirse en una realidad universal. En efecto, desde su creación en Francia, en 1954, en la modalidad de gravamen en etapa de productores, el impuesto sobre el valor agregado (IVA), ha tenido tal acogida que es difícil encontrar ejemplos de países en los cuales no se haya incorporado en sus sistemas doctrinarios (Estados Unidos, Suiza y Canadá son algunos de los países en los cuales no se aplica este impuesto). Esta técnica de imposición ha

²⁴¹ Ibíd. Artículo 102.

²⁴² Ibíd. Artículo 103.

demostrado en todos los países de América Latina una buena capacidad recaudatoria, y su introducción ha sido uno de los factores que han incidido en el mayor peso de la imposición al consumo. Además de considerar que la evasión total del impuesto, está sujeta al acuerdo entre el productor, el mayorista y el minorista lo que hace que las posibilidades cuantitativas del fraude fiscal se reduzcan.²⁴³

En lo concerniente a la legislación, la ley del Impuesto al Valor Agregado define en su artículo primero lo siguiente *“Se establece un Impuesto al Valor Agregado sobre los actos y contratos gravados por las normas de la presente ley, cuya administración, control, recaudación y fiscalización corresponde a la Dirección General de Rentas Internas.”*²⁴⁴

Para efectos del presente estudio, se enlistarán o detallará, de la ley en cuestión, únicamente lo que a criterio de la investigadora resulte relacionado con este análisis.

El impuesto al Valor Agregado es generado, entre otros, por la prestación de servicios en el territorio nacional. Dicho impuesto debe pagarse, en la fecha de la emisión de la factura y si no se ha emitido factura, el impuesto debe pagarse en la fecha en que el contribuyente perciba la remuneración.²⁴⁵

Este impuesto afecta al contribuyente que celebre un acto o contrato gravado por la ley. Claramente la ley no hace distinciones de nacionalidad con respecto al contribuyente.²⁴⁶

Igualmente, la misma ley establece que el sujeto pasivo puede ser los contenidos en el artículo 6, sin embargo, se enlistarán los que se consideran oportunos para el presente estudio, siendo éstos:²⁴⁷

²⁴³ Plazas Vega, Mauricio A. Op. Cit. p. 410 al 412.

²⁴⁴ Congreso de la República de Guatemala, Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto Número 27-92. Fecha de emisión 9 de abril de 1992. Artículo 1.

²⁴⁵ *Ibíd.*, Artículo 4.

²⁴⁶ *Ibíd.*, Artículo 5.

²⁴⁷ *Ibíd.*, Artículos 5 y 6.

- 1) El contribuyente comprador, cuando el vendedor no esté domiciliado en Guatemala.
- 2) El beneficiario del servicio, si el que efectúa la prestación no está domiciliado en Guatemala.

Es importante hacer mención que están exentos del impuesto establecido en esta ley, entre otros:

- a) Los viajeros que ingresen al país, bienes muebles en calidad de equipaje, sobre los cuales no tienen que pagar derechos de importación de acuerdo con la legislación aduanera;
- b) Las misiones diplomáticas y consulares acreditadas ante el Gobierno de la República, y las personas a que se refiere la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares, con la condición de que los países a que pertenezcan dichas misiones y personas otorguen igual tratamiento como reciprocidad;
- c) Las exportaciones de bienes y las exportaciones de servicios, conforme la definición del Artículo 2 numeral 4 de la ley, que establece que por exportación de bienes comprende la venta, cumplidos todos los trámites legales, de bienes muebles nacionales o nacionalizados para su uso o consumo en el exterior y por exportación de servicios, la prestación de servicios en el país, cumplidos todos los trámites legales, a usuarios que no tienen domicilio ni residencia en el mismo y que estén destinados exclusivamente a ser utilizados en el exterior, siempre y cuando las divisas hayan sido negociadas conforme a la legislación cambiaria vigente.

En lo referente a la tarifa del impuesto, la ley contempla que será una tarifa única equivalente a un 12% sobre la base imponible.²⁴⁸

²⁴⁸ Ibid., Artículo 10.

La base imponible en la prestación de servicios, que es lo que más interesa en este análisis, según el artículo 12 de la ley del IVA, será el precio de los mismos menos los descuentos concedidos de acuerdo con prácticas comerciales. Debe adicionarse a dicho precio, aun cuando se facturen o contabilicen en forma separada, los siguientes rubros:

- 1) Los reajustes y recargos financieros.
- 2) El valor de los bienes que se utilicen para la prestación del servicio.
- 3) Cualquier otra suma cargada por los contribuyentes a sus adquirientes, que figuren en las facturas, salvo contribuciones o aportaciones establecidas por leyes específicas.

De la misma manera se establece en dicha normativa, lo relativo a la facturación por cuenta del vendedor, esto sucede cuando un contribuyente adquiere bienes o servicios de personas individuales que, por la naturaleza de sus actividades o cualquier otra circunstancia, no extiendan o no le entreguen las facturas correspondientes, deberá emitir una factura especial por cuenta del vendedor o prestador del servicio, y le retendrá el impuesto respectivo.²⁴⁹

Este caso podría aplicarse a un extranjero que preste determinado servicio por una única vez y que por una razón especial no posea facturas. Sin embargo debe tenerse presente que el mismo cuerpo legal establece que no podrán emitirse facturas especiales entre contribuyentes del impuesto, ni tampoco en las operaciones de carácter habitual que se realicen entre personas individuales. Se exceptúan de esta prohibición, los casos en que el emisor de la factura especial haga constar en la misma, que el vendedor o prestador del servicio se negó a emitirle la factura correspondiente.²⁵⁰

²⁴⁹ Ibid., Artículo 52.

²⁵⁰ Ibid. Artículo 52.

3.5. INCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL

3.5.1. Generalidades

La Ley de Migración contempla en su título X, los delitos y faltas. Es importante hacer mención que dichos artículos fueron recientemente modificados por del Decreto del Congreso de la República número 10-2015, por esta razón el Código de Migración en sus últimos artículos, estipula que el único título que queda vigente de la Ley de Migración es, específicamente el ya referido título X que contiene, el apartado de delitos. A continuación se detallan los delitos que son aplicables, a criterio de la autora, para la presente investigación.

3.5.2. Delitos

3.5.2.a. Tráfico ilícito de personas

Comete el delito de tráfico ilícito de personas quien, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material, promueva o facilite de cualquier forma el ingreso, permanencia o salida ilegal del territorio nacional de una o más personas extranjeras. El responsable será sancionado con prisión de seis a ocho años. La misma pena se aplicará para quien de cualquier forma facilitare o promoviere el transporte o tránsito de una o más personas extranjeras. A continuación el tipo penal y elementos del delito correspondiente para un mejor entendimiento.²⁵¹

- Verbo Rector: Promover o facilitar.
- Sujeto Activo: Cualquier persona.
- Sujeto Pasivo: Una o más personas extranjeras.
- Bien Jurídico Tutelado: El ordenamiento migratorio.
- Elemento Interno: Con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

²⁵¹ Congreso de la República de Guatemala, Ley de Migración, Op. Cit. Artículo 103.

- Elemento Material: Promover o facilitar de cualquier forma el ingreso, permanencia o salida ilegal del territorio nacional de una o más personas extranjeras. Así como, de cualquier forma facilitar o promover el transporte o tránsito de una o más personas extranjeras.
- Punibilidad: Seis a ocho años de prisión.

3.5.2.b. Facilitación ilícita de permanencia

Comete delito de facilitación ilícita de permanencia quien, con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material, facilite la estadía de personas extranjeras en el territorio nacional mediante la creación de un documento de viaje o de identidad falso o facilite el suministro del documento. El responsable será sancionado con prisión de seis a ocho años.²⁵²

A continuación se presentan los elementos de dicho delito para un mejor y eficaz entendimiento.

- Verbo Rector: Facilitar.
- Sujeto Activo: Cualquier persona.
- Sujeto Pasivo: Personas extranjeras.
- Bien Jurídico Tutelado: El ordenamiento migratorio.
- Elemento Interno: Con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- Elemento Material: Facilitar la estadía de personas extranjeras en el territorio nacional mediante la creación de un documento de viaje o de identidad falso, o facilitar el suministro del documento.
- Punibilidad: Seis a ocho años de prisión.

3.5.2.c. Facilitación ilícita de trabajadores migrantes extranjeros

²⁵² Ibid. Artículo 107.

Comete delito de facilitación ilícita de trabajadores migrantes extranjeros, quien o quienes con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico o cualquier beneficio de orden material, faciliten o favorezcan a entidades privadas que operan en el territorio nacional, la contratación de personas migrantes extranjeras, sin las autorizaciones correspondientes. El responsable será sancionado con prisión de seis a ocho años. Las entidades privadas, individuales o corporativas, que pagaren a terceros por obtener fuerza laboral migrante extranjera sin cumplir con las autorizaciones correspondientes, serán sancionadas con multa de diez mil a cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América, o su equivalente en moneda nacional.

A continuación los elementos de dicho delito para un mejor y eficaz entendimiento.²⁵³

- Verbo Rector: Facilitar o favorecer.
- Sujeto Activo: Cualquier persona y entidades privadas.
- Sujeto Pasivo: Personas migrantes extranjeras.
- Bien Jurídico Tutelado: El ordenamiento migratorio.
- Elemento Interno: Con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material.
- Elemento Material: Facilitar o favorecer a entidades privadas que operan en el territorio nacional, la contratación de personas migrantes extranjeras sin las autorizaciones correspondientes. Así como, a las entidades que paguen a terceros por obtener fuerza laboral migrante extranjera sin cumplir con las autorizaciones correspondientes.
- Punibilidad: A las personas que faciliten o favorezcan a entidades privadas que operan en el territorio nacional, la contratación de personas migrantes extranjeras sin las autorizaciones correspondientes seis a ocho años de prisión. A Las entidades que paguen a terceros por obtener fuerza laboral migrante extranjera sin cumplir con las autorizaciones correspondientes multa

²⁵³ Ibid. Artículo 113.

de diez mil a cincuenta mil Dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional.

Los tipos penales contemplados en el Decreto 10-2015 están dirigidos a castigar penalmente a las personas involucradas en el negocio del tráfico de personas, pero no al migrante. Esto se debe a que el migrante es considerado como la víctima y como una persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad, por ende, castigarlo penalmente sería re victimizarlo. Las reformas a la Ley de Migración contenidas en el Decreto 10-2015 están basadas en el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire que fue ratificado por Guatemala.

El tipo delictivo de tráfico ilícito de personas engloba los siguientes tipos delictivos contenidos anteriormente en la Ley de Migración: ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales. Esto se debe a que el tráfico ilícito de personas penaliza el ingreso, la permanencia, la salida, el transporte y el tránsito de forma ilegal de personas extranjeras. Al englobar este tipo delictivo todas estas conductas, evita que se dé la figura del concurso de delitos (en la mayoría de casos un concurso ideal), que se daba con los delitos anteriores de la Ley de Migración.

El tipo delictivo de facilitación ilícita de permanencia ocurre cuando se le facilita la estadía a personas extranjeras en el territorio nacional mediante la creación de un documento de viaje o de identidad falso o se le facilita el suministro del documento. Debido a que este tipo delictivo implica la creación de un documento público falso entonces lleva aparejado el tipo delictivo de falsedad material (artículo 321 Código Penal). En este caso la falsedad material es un medio necesario para la facilitación ilícita de permanencia por lo que este es un caso de un concurso ideal de delitos. Debido a que el delito que tiene una mayor sanción es el de facilitación ilícita de permanencia, entonces se aplica la pena señalada para este delito aumentada en una tercera parte.

El tipo delictivo de facilitación ilícita de trabajadores migrantes extranjeros contiene dos supuestos: El primero, se refiere a los terceros que le facilitan a las entidades privadas la contratación de migrantes extranjeros sin autorización para laborar. El segundo, se refiere a las entidades que le pagan a terceros por obtener fuerza laboral migrante extranjera sin cumplir las autorizaciones correspondientes. Debido a que únicamente los extranjeros residentes y con permiso de trabajo autorizado puedan trabajar, es necesario que las entidades comprueben que los trabajadores son residentes, ya sea temporales o permanentes y que en efecto cuenten con su respectivo permiso de trabajo, si es que trabajan bajo relación de dependencia.

Es importante mencionar que este tipo penal únicamente se materializa cuando la entidad le paga a “terceros” por obtener la fuerza laboral migrante. La ley guarda silencio acerca del caso en que la entidad le pague directamente al migrante. Debido a que el artículo 7 del Código Penal prohíbe la creación de figuras delictivas por analogía, por ende, el delito no se materializa en el caso en que el pago se haga directamente al migrante. Así mismo, la ley circunscribe a los sujetos activos del pago a terceros por fuerza laboral migrante, a las entidades privadas. Sin embargo, la ley habla de entidades privadas “individuales o corporativas”, sin precisar a qué se refiere con esto.

En lo concerniente a otras normativas que contemplen delitos y que pudieran estar relacionadas a este estudio, es necesario examinar el delito de usurpación de calidad, citado en el primer capítulo del presente, tal fuere el caso de un extranjero que suscriba un contrato de servicios profesionales, para determinada actividad en donde requiera el título facultativo correspondiente y no lo tuviere, estaría encuadrando dentro del tipo penal establecido en el artículo 336 del Código Penal, Decreto Número 17-73 del Congreso de la República, que establece que quien se arrogare título académico o ejerciere actos que competen a profesionales, sin tener título o habilitación especial, será sancionado con multa de quinientos a tres mil quetzales, sin perjuicio que si de resultas de ilegal ejercicio,

se derivare perjuicio a tercero, la sanción señalada anteriormente, se elevará en una tercera parte.

En la misma línea, resulta importante identificar el artículo referente a la Defraudación Tributaria contenida en el 358 "A" del Código Penal, Decreto Número 17-73 que también podría ser aplicable al extranjero que mediante simulación, ocultación, maniobra, ardid o cualquier otra forma de engaño, induzca a error a la Administración Tributaria en la determinación o el pago de la obligación tributaria, de manera que produzca detrimento o menoscabo en la recaudación impositiva, estando sujeto a prisión de 1 a 6 años y además la pena accesoria de la expulsión del territorio nacional, lo cual se ejecutará inmediatamente después de cumplidas las penas.

3.5.3. Faltas

En lo que respecta a las faltas, se señalan a continuación las contenidas tanto en la Ley de Migración como el Código de Migración, pues a pesar de lo que se mencionó anteriormente, el CM estipula otro tipo de faltas adicional a las contenidas en las reformas contenidas en el Decreto 10-2015, que modificó la LM.

De esa cuenta, los extranjeros que ingresen o permanezcan en el país sin la autorización de la Dirección General de Migración, o sin haber cumplido con los requisitos previstos en la ley y su reglamento, serán sancionados con cualquiera de las sanciones siguientes, a) Multa; b) Deportación; y, c) Expulsión.²⁵⁴

En estos supuestos, la Dirección General de Migración al momento de sorprender a un extranjero que ingrese o permanezca en el país sin la autorización respectiva, deberá iniciar la investigación correspondiente con el fin de establecer la identidad, origen y nacionalidad del mismo.²⁵⁵

²⁵⁴ Ibid., Artículo 109.

²⁵⁵ Ibid., Artículo 110.

Serán sancionados con la deportación a su país de origen, los extranjeros que incurran en las infracciones siguientes, a) Ingresar o permanecer en el país evadiendo el control migratorio; b) Entrar o permanecer en el país haciendo uso de documentos falsos; c) Reingresar al país sin autorización, luego de haber sido expulsado; y, d) Haber sido condenado por los tribunales a una pena de prisión mayor de 2 años, luego de cumplida la pena, el juez de la causa lo pondrá a disposición de las autoridades de la Dirección General de Migración. Tomando en consideración que cuando le sea otorgado el beneficio de la suspensión condicional de la pena, la deportación se hará efectiva inmediatamente después que la resolución quede firme.²⁵⁶

Previo a la deportación de un extranjero por las infracciones anteriormente establecidas, la DGM deberá cumplir con el siguiente procedimiento:

- 1) Correr audiencia al interesado por un plazo máximo de 10 días;
- 2) Recibir las pruebas propuestas dentro de los 5 días siguientes a su proposición; y,
- 3) Resolver su situación dentro de las 72 horas siguientes a la evacuación de la audiencia o a la recepción de la prueba.

Serán admitidas como pruebas de descargo todas las previstas en el Código Procesal Civil y Mercantil.²⁵⁷

En lo que respecta a la expulsión, ésta se llevará a cabo cuando los extranjeros que incurran en las infracciones siguientes.²⁵⁸

- 1) No abandonar el territorio nacional dentro del plazo de 60 días, contados a partir de la fecha en que concluyó su permanencia legal en el país;
- 2) Ingresar al país violando la presente ley y su reglamento;

²⁵⁶ Ibid., Artículo 112.

²⁵⁷ Ibid., Artículo 113.

²⁵⁸ Ibid., Artículo 114.

- 3) Violar las leyes internas del país por la comisión de algún delito durante su permanencia en el mismo; El juez de la causa lo pondrá a disposición de las autoridades de la DGM;
- 4) Cuando la permanencia del extranjero sea contraria a los intereses nacionales debidamente calificados por la DGM; y,
- 5) Los demás casos contemplados en la ley.

Por otra parte, en lo que respecta al Código de Migración, éste contempla faltas que podrán ser impuestas por el Instituto Guatemalteco de Migración. Tales faltas son las siguientes:²⁵⁹

- a) No presentar ante la autoridad guatemalteca su documento de identidad internacional de viaje.
- b) Permanecer en el país por más tiempo del que le ha sido autorizado sin tener pendiente resolución de ampliación.
- c) No informar de los cambios de dirección de residencia o de domicilio cuando sea el caso.
- d) En los casos de residente temporal no presentar la certificación de solvencia tributaria al Instituto Guatemalteco de Migración.
- e) Ser sorprendido realizando actividades comerciales sin estar autorizado para el efecto conforme la legislación nacional.
- f) Ingresar al país por puestos o lugares no autorizados o no tener prueba de que ingresó regularmente.

A dichas faltas les son aplicables las siguientes sanciones pecuniarias:²⁶⁰

²⁵⁹ Congreso de la República de Guatemala, Código de Migración, Op. Cit. Artículo 193.

²⁶⁰ *Ibid.*, Artículo 193.

- a) Por no presentar su documento de identidad internacional y de viaje, multa de doscientos Quetzales.
- b) Por permanecer más tiempo del que les ha sido autorizado, sin tener pendiente gestión de ampliación, multa de quince Quetzales por día de exceso de permanencia.
- c) En los casos de no presentar la certificación de solvencia tributaria, multa de dos mil Quetzales.
- d) El ser sorprendido en actividades comerciales sin estar autorizado, multa de cinco mil Quetzales y orden de cesación de actividades.

Como se observa en el desarrollo del presente capítulo, todo lo aquí plasmado resulta muy importante para la presente investigación ya que en él se analizó la normativa legal aplicable de las distintas ramas del derecho que crean efectos en la contratación de personas extranjeras, lo cual será de gran aporte para verificar e identificar finalmente los distintos efectos legales que resultan de las distintas formas de contratación desarrolladas en el primer capítulo.

CAPÍTULO 4

MARCO INTERNACIONAL APLICABLE EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS

4.1. Generalidades

El principio Constitucional sobre la preeminencia del derecho internacional establece que en el Estado de Guatemala, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados, tienen preeminencia sobre el derecho interno, por esta razón es importante verificar y analizar todas aquellas normativas internacionales que han sido ratificadas por el Estado de Guatemala y que tienen un impacto, directo o indirectamente con la contratación de personal extranjero y que, entre otros, estén relacionados con los derechos humanos, siendo uno de éstos el derecho a la libre locomoción.

El artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, estipula que *“Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho de salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”*. Así como la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su artículo 26 establece la Libertad de locomoción, estableciendo que *“Toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas por ley.”*

De esa cuenta, a continuación se desarrollan los Convenios y Acuerdos internacionales en los que el Estado de Guatemala es parte y los cuales están relacionados con la presente investigación.

4.2. Convenios de la Organización Internacional de Trabajo -OIT-

La organización internacional de trabajo es una organización mundial que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las

normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres. Dicha organización está consagrada a la promoción de la justicia social, de los derechos humanos y laborales reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente.²⁶¹

Específicamente la OIT establece sobre los trabajadores migrantes, que desde su fundación en 1919, se ha puesto en la palestra pública el tema dichos trabajadores puesto que la búsqueda de justicia social no puede ignorar a millones de trabajadores que se desplazan a lo largo y ancho de las fronteras del planeta, buscando oportunidades –no siempre muy prometedoras– en países diferentes a los de su procedencia.²⁶²

Por esta razón y por la protección que la OIT busca para todo trabajador, es que surge la preocupación y atención en el tema de los trabajadores migrantes pues incluso desde su creación, se establece en el preámbulo de su Constitución, mejorar la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero. El tema de los trabajadores migrantes, fue tratado inicialmente en el Tratado de Versalles que rubricaba la entonces nueva realidad política, socio-laboral y de derechos humanos del mundo, tras la Primera Guerra Mundial y se incluyó también en los objetivos de la primera Conferencia Internacional del Trabajo del mismo año, 1919: La igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes y la concertación de políticas migratorias entre Estados, gobiernos, organizaciones de empleadores y trabajadores.²⁶³

4.2.1 Convenio No. 97 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a los trabajadores migrantes

²⁶¹ Organización Internacional de Trabajo (OIT), *Acerca de la OIT*. Disponible en línea: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>. Fecha de consulta: 27 de junio de 2016

²⁶² Organización Internacional de Trabajo (OIT), *La OIT y los trabajadores migrantes*, 29 de noviembre 2006. Disponible en línea: http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang-es/index.htm. Fecha de consulta: 27 de junio de 2016

²⁶³ Loc. Cit.

El Convenio sobre los trabajadores migrantes adoptado en 1949 en Ginebra y ratificado por el Estado de Guatemala el 13 de febrero de 1952, surge con el fin de que los Estados parte de la Convención faciliten las migraciones internacionales con fines de empleo.²⁶⁴

En dicha Convención se estipula que para la facilitación de las migraciones internacionales los Estados parte deben establecer y mantener un servicio gratuito de asistencia y de información para los trabajadores migrantes, y adoptando medidas contra la propaganda engañosa sobre la emigración y la inmigración. Asimismo, el Convenio en cuestión, incluye disposiciones sobre los servicios médicos apropiados para los trabajadores migrantes y la transferencia de ingresos y ahorros. Los Estados deben aplicar un trato no menos favorable que el que se aplica a sus nacionales con respecto a un número de cuestiones que incluyen las condiciones de empleo, la libertad sindical y la seguridad social.²⁶⁵

4.2.1.a Aplicabilidad

El Convenio en cuestión estipula en su artículo 11 que la expresión *trabajador migrante* significa toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta, e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante. Asimismo establece que el Convenio no es aplicable para los trabajadores fronterizos, a la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal y a la gente de mar.

4.2.1.b Generalidades

El Convenio sienta las bases para la igualdad de tratamiento entre trabajadores nacionales y extranjeros en situación regular en lo relativo a contratación, condiciones de vida y de trabajo, acceso a la justicia, reglamentación de impuestos y asuntos de seguridad social. También contempla el tema de la reunificación familiar y medidas para

²⁶⁴ Loc. Cit.

²⁶⁵ Loc. Cit.

regular de manera general los procesos migratorios. Su correspondiente recomendación, la número 86, establece estrategias para la recolección de datos que permitan tener un panorama de la problemática específica de cada país, la ayuda técnica de la OIT para la vigilancia y protección de los derechos de los trabajadores e instrumentos para la implementación de este convenio.²⁶⁶

A continuación se detallan los puntos más importantes de dicho Convenio y que a criterio de la investigadora, tienen relación con el presente estudio.

El Convenio establece en su artículo 6, que todo Miembro se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes y siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas:

- a) La remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores;
- b) La afiliación a las organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos;
- c) La vivienda;
- d) La seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social), a reserva de, i) acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición y b) de disposiciones especiales establecidas por la legislación

²⁶⁶ Loc. Cit.

nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal;

- e) Los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que deba pagar, por concepto del trabajo, la persona empleada;
- f) Las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el Convenio.

Es así como se entiende que el artículo anteriormente citado es aplicable únicamente a los inmigrantes que se *encuentren legalmente en su territorio*, esto es cuando la persona posea un estatus migratorio regularizado y que, debe otorgársele un trato “no menos favorable” frente a los locales, específicamente en remuneración, libertad sindical, impuestos, seguridad social y acciones judiciales.

Por otro lado, el artículo 10 del presente Convenio establece que *“Cuando el número de migrantes que van del territorio de un Miembro al territorio de otro sea considerable, las autoridades competentes de los territorios en cuestión deberán, siempre que ello fuere necesario o conveniente, celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan plantearse al aplicarse las disposiciones del presente Convenio.”* Lo cual estaría relacionado con lo establecido en el artículo 13 del Código de Trabajo, referido en la presente investigación en donde se establecen los límites legales de contratación de extranjeros, sin embargo se identifica que un Convenio Internacional estipula que, siempre que fuere necesario o conveniente, se podrá celebrar acuerdos de interés común entre los Estados parte.

4.2.2. Recomendación No. 86 sobre los trabajadores migrantes

La Recomendación sobre los trabajadores migrantes, revisada en 1949 y adoptada en Ginebra el 01 julio 1949, establece las estrategias para la recolección de datos que permitan tener un panorama de la problemática específica de cada país, la ayuda técnica de la OIT para la vigilancia y protección de los derechos de los trabajadores e instrumentos para la implementación del Convenio No. 97 sobre los trabajadores migrantes.²⁶⁷

Esencialmente, la Recomendación No. 86 estipula de una manera general que los países miembros deberían tener por norma el desarrollo y uso de todas las posibilidades de empleo, y deberían facilitar, a estos efectos, la distribución internacional de la mano de obra y, en particular, su movimiento desde los países en que haya excedente hacia los países que tengan un déficit. Igualmente establece que debe existir un servicio gratuito establecido en cada país para ayudar a los migrantes y a sus familias y que el mismo debe comprender, entre otras cuestiones, asuntos referentes a la emigración, inmigración, condiciones de trabajo y de vida, comprendidas las condiciones de higiene en el lugar de destino, regreso al país de origen o de emigración.²⁶⁸

De la misma manera define que los trabajadores migrantes autorizados a residir en un territorio y los miembros de su familia autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos deberían, siempre que fuere posible, ser admitidos al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales. Además contempla que en los países donde el empleo de los trabajadores migrantes está sujeto a restricciones, éstas deberían, siempre que fuere posible:²⁶⁹

- a) cesar de ser aplicadas a los trabajadores migrantes que hayan residido en el país de inmigración durante un período determinado, cuya duración no debería, en principio, exceder de cinco años;

²⁶⁷ Organización Internacional de Trabajo (OIT), R086 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 86) Disponible en línea: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R086 Fecha de consulta: 27 de junio de 2016 .

²⁶⁸ Organización Internación de Trabajo, Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1949 (núm. 86). Artículo 4

²⁶⁹ *Ibíd.*, Artículo 16.

b) cesar de ser aplicadas a la mujer y a los hijos en edad de trabajar, que estén autorizados a acompañar al trabajador migrante o a reunirse con él, al mismo tiempo que cesen de aplicarse a este último.

Dicha Recomendación establece que los Miembros deberían, cuando esto fuere pertinente, completar el Convenio sobre los trabajadores migrantes 1949, y los párrafos precedentes en dicha Recomendación, mediante acuerdos bilaterales que deberían especificar los métodos para aplicar los principios contenidos en el Convenio y en la Recomendación. Lo anterior significa que para que los anexos o recomendaciones puedan ser aplicables a un determinado Estado es necesario que existan acuerdos bilaterales en donde se establezcan tales métodos de aplicación de los principios expuestos en la Convención No. 97 así como en la Recomendación ya analizada.²⁷⁰

4.3. Convenios De Las Naciones Unidas - Oficina Del Alto Comisionado Para Los Derechos Humanos

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) representa el compromiso del mundo frente a los ideales universales de la dignidad humana. La comunidad internacional les ha conferido el mandato exclusivo de promover y proteger todos los derechos humanos. De esa cuenta, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos es el principal funcionario de derechos humanos de las Naciones Unidas.²⁷¹

El Alto Comisionado encabeza el ACNUDH y dirige los esfuerzos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, además toman las medidas para habilitar a las personas y prestar apoyo a los Estados en la defensa de los derechos humanos.²⁷²

²⁷⁰ Ibid., Artículo 21.

²⁷¹ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Acerca de la OACDH. Disponible en línea: <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>. Fecha de consulta: 26 de junio de 2016

²⁷² Loc. cit.

A continuación se desarrollan los Convenios relacionados con esta investigación.

4.3.1 Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, fue adoptada el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ésta ha sido ratificado por 22 naciones, y tiene carácter obligatorio incluso para los Estados que aún no lo hayan hecho, si desean recibir asesoramiento técnico y monitoreo para este tema en los futuros años. En el caso de Guatemala, fue ratificada el 13 de marzo de 2003.²⁷³

4.3.1.a Aplicabilidad

El preámbulo de dicha Convención establece que al reconocer la importancia del trabajo realizado en relación con los trabajadores migratorios y sus familiares en distintos órganos de las Naciones Unidas, así como de la magnitud del fenómeno de las migraciones y convencidos de que los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares no han sido debidamente reconocidos en todas partes, se requiere una protección internacional apropiada por medio de una convención amplia que tenga aplicación universal.

Es así como surge dicha Convención, la cual se aplica a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición.

4.3.1.b Generalidades

²⁷³ Organización Internacional de Trabajo (OIT), *La OIT y los trabajadores migrantes*. Op. Cit

La Convención establece, esencialmente que no debe existir una discriminación a los trabajadores migrantes, en tanto que los Estados deben comprometerse a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención; igualmente reconoce los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios y familiares tales como la libre locomoción (salvo restricciones establecidas por ley), el derecho a la vida, a que no deben ser sometidos a torturas, ni a tratos o penas crueles, así como a esclavitud ni servidumbre, trabajos forzosos; así como que tendrán libertad personal y de pensamiento, religión, entre otros.²⁷⁴

También se estipula que los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica, así como los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración.²⁷⁵

Además, la Convención relata que los trabajadores migratorios y sus familiares estarán exentos, con sujeción a la legislación aplicable de los Estados de que se trate y a los acuerdos internacionales pertinentes y las obligaciones de dichos Estados dimanantes de su participación en uniones aduaneras, del pago de derechos e impuestos en concepto de importación y exportación por sus efectos personales y enseres domésticos, así como por el equipo necesario para el desempeño de la actividad remunerada para la que hubieran sido admitidos en el Estado de empleo:²⁷⁶

- a) En el momento de salir del Estado de origen o del Estado de residencia habitual;
- b) En el momento de su admisión inicial en el Estado de empleo;

²⁷⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Adoptada en resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Artículo 24

²⁷⁵ *Ibid.*, Artículo 7 al 12.

²⁷⁶ *Ibid.*, Artículo 46.

- c) En el momento de su salida definitiva del Estado de empleo;
- d) En el momento de su regreso definitivo al Estado de origen o al Estado de residencia habitual.

Por otro lado, la Convención detalla que no se considerará que se encuentren en situación irregular los trabajadores migratorios que en el Estado de empleo no estén autorizados a elegir libremente su actividad remunerada, ni tampoco se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, excepto en los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados. Dichos trabajadores migratorios tendrán derecho a buscar otros empleos, participar en programas de obras públicas y readiestrarse durante el período restante de su permiso de trabajo, con sujeción a las condiciones y limitaciones que se establezcan en dicho permiso.²⁷⁷

4.4. Acuerdo Regional CA-4 para la extensión de la Visa única centroamericana, los alcances al tratado marco y la movilidad de personas en la región

El Acuerdo regional CA-4, convenido por las República de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, como lo establecen sus Considerandos surge por interés regional de avanzar en las iniciativas de integración migratoria y la facilitación en la movilización de personas, así como por la prioridad regional de continuar implementando los mecanismos de armonización y homologación de los procesos en materia migratoria en la Región.

4.4.1 Aplicabilidad

El objeto del Acuerdo es regular la extensión de la Visa Única Centroamericana para el ingreso temporal a los territorios de los países miembros del Convenio CA-4, para

²⁷⁷ Ministros de Gobernación de los países de la región CA-4. Acuerdo Regional CA-4 para la extensión de la Visa única centroamericana, los alcances al tratado marco y la movilidad de personas en la región. Honduras, 30 de junio de 2005. Sección I.

personas no nacionales de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua, en calidad de turistas, inversionistas, por negocios, salud, en tránsito, por motivos oficiales o para participar en actividades científicas, humanitarias, religiosas, artísticas, deportivas, de espectáculos públicos y otras.²⁷⁸

Lo anterior significa que ese convenio no es aplicable para aquellos miembros del CA-4 que tengan por objeto realizar actividades distintas a las ya indicadas, lo que significa que si el extranjero, miembro del CA-4, desea ingresar uno de los determinados países con motivo de prestación de servicios, trabajos o tareas, es necesario que regularice su situación migratoria de acuerdo a las leyes de migración de cada país.

4.4.2 Generalidades

El Acuerdo estipula las categorías de visas que surgen para fines de exención y obligatoriedad de visas y que fue homologada por los Gobiernos CA-4, en consideración a las situaciones políticas, culturales y económicas de los países de la Región Centroamericana, vínculos históricos, tratamientos similares a los flujos migratorios y aspectos estándares de seguridad regional.²⁷⁹

Las categorías contempladas en la sección II del Acuerdo CA-4 son las siguientes:

- Categoría “A”: Extranjeros exentos de Visa
- Categoría “B”: Extranjeros que requieren visa consular o sin consulta.

Son Visas extendidas por el Cónsul o representante diplomático sin requerir de una autorización previa de la Dirección General de Migración y Extranjería del Estado parte.

- Categoría “C”: Extranjeros que requieren de visa consultada.

²⁷⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Op. Cit. Artículo 46.

²⁷⁹ Ministros de Gobernación de los países de la región CA-4. Acuerdo Regional CA-4 para la extensión de la Visa única centroamericana, los alcances al tratado marco y la movilidad de personas en la región. Op. cit. Sección II.

Son Visas que para ser extendidas por el representante consular, requieren de la previa autorización de la Dirección General de Migración y Extranjería del Estado parte.

Igualmente establece que la permanencia otorgada por la autoridad migratoria del primer Estado Parte, constituirá la base para los desplazamientos y permanencia en los territorios CA-4; asimismo se estipulan los alcances al Acuerdo Marco referentes a las prerrogativas sobre el desplazamiento y la permanencia en los territorios de los Estados Parte, así como las facilidades migratorias de las que gozarán los visitantes de fuera de la región y los extranjeros residentes en los territorios CA-4.²⁸⁰

4.5 Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio

La Organización Mundial del Comercio (OMC) es la única organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Los pilares sobre los que descansa son los Acuerdos de la OMC, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. El objetivo es ayudar a los productores de bienes y servicios, los exportadores y los importadores a llevar adelante sus actividades.²⁸¹

Los Acuerdos de la OMC abarcan las mercancías, los servicios y la propiedad intelectual. En ellos se establecen los principios de la liberalización, así como las excepciones permitidas. Incluyen los compromisos contraídos por los distintos países de reducir los aranceles aduaneros y otros obstáculos al comercio y de abrir y mantener abiertos los mercados de servicios. Establecen procedimientos para la solución de diferencias. Esos

²⁸⁰ Ibid., Sección VI.

²⁸¹ Organización Mundial de Comercio. Qué es la OMC. Disponible en línea: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm#migration/migration-management-foundations/about-migration-international-migration-law/lang/es Fecha de consulta: 29 junio de 2016.

Acuerdos no son estáticos; son de vez en cuando objeto de nuevas negociaciones, y pueden añadirse al conjunto nuevos acuerdos.²⁸²

En relación a lo anterior, es importante detallar que la República de Guatemala es Miembro de la OMC desde el 21 de julio de 1995 y miembro del GATT desde el 10 de octubre de 1961 por ende, los Acuerdos o Tratados que se emitan en dichas instituciones deberán ser aplicables en Guatemala, a menos que este último no se hubiere adherido de forma particular con uno de ellos.²⁸³

4.5.1. Acuerdo General Sobre el Comercio De Servicios

El Acuerdo surge por la importancia cada vez mayor del comercio de servicios para el crecimiento y el desarrollo de la economía mundial y con el ánimo de establecer un marco multilateral de principios y normas para el comercio de servicios para promover el crecimiento económico de todos los interlocutores comerciales y el desarrollo de los países en desarrollo, de esta forma se fortalecerá la capacidad nacional en materia de servicios así como la eficacia y competitividad de cada uno de los Estados Miembros.

4.5.1.a. Aplicabilidad

El referido Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios y estipula que se entiende por “*comercio de servicios*” como el suministro de un servicio:²⁸⁴

- a) Del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
- b) En el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;

²⁸² Organización Mundial de Comercio. *Entender la OMC*. Disponible en línea: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_we_do_s.htm. Fecha de consulta: 29 junio de 2016.

²⁸³ Organización Mundial de Comercio. *Información por miembro*. Disponible en línea: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/guatemala_s.htm. Fecha de consulta: 29 junio de 20

²⁸⁴ Organización Mundial de Comercio. Acuerdo Sobre el Acuerdo de Servicios, 1 de enero de 2005. Artículo 1.

- c) Por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
- d) Por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.

Igualmente se relata que el término "*servicios*" comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales y el "*suministro de un servicio*" abarca la producción, distribución, comercialización, venta y prestación de un servicio, por ende se considera que es aplicable en la presente investigación.²⁸⁵

4.5.1.b. Generalidades

Con respecto a las generalidades, el Acuerdo en mención básicamente contempla que deberá otorgarse un *Trato de la nación más favorecida, en tanto que cada Miembro debe otorgar inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país; igualmente establece que se debe facilitar la creciente participación de los países en desarrollo, Miembros en el comercio mundial mediante compromisos específicos negociados por los diferentes Miembros.*²⁸⁶

Específicamente se ordenan los *Acuerdos de integración de los mercados de trabajo, en tanto que el Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se establezca la plena integración de los mercados de trabajo entre las partes en el mismo, es decir tal integración se caracteriza por conferir a los ciudadanos de las partes en el acuerdo el derecho de libre acceso a los mercados de empleo de las partes*

²⁸⁵ Ibid., Artículo V bis

²⁸⁶ Ibid., Artículo II.

e incluir medidas en materia de condiciones de pago, otras condiciones de empleo y beneficios sociales.²⁸⁷

El Acuerdo define lo que se entiende por "*persona física de otro Miembro*" esto es una persona física que reside en el territorio de ese otro Miembro o de cualquier otro Miembro y que, con arreglo a la legislación de ese otro Miembro, a) sea nacional de ese otro Miembro; o b) tenga el derecho de residencia permanente en ese otro Miembro, en el caso de un Miembro no tenga nacionales u otorgue en lo sustancial a sus residentes permanentes el mismo trato que dispense a sus nacionales con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios, y así lo notifique al aceptar el Acuerdo sobre la OMC o adherirse a él, quedando entendido que ningún Miembro estará obligado a otorgar esos, residentes permanentes un trato más favorable que el que ese otro Miembro otorgue a tales residentes permanentes. La correspondiente notificación incluirá el compromiso de asumir con respecto a esos residentes permanentes, de conformidad con sus leyes y reglamentos, las mismas obligaciones que asuma con respecto a sus nacionales.²⁸⁸

Además, el Acuerdo señala las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, cuando se contraigan compromisos de acceso a los mercados; específicamente establece que deberán ser esencialmente que no se adoptarán limitaciones al número de proveedores de servicios así como limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas.

De esa cuenta el Acuerdo prevé que en los Estados Miembros al permitir el comercio de servicios no deberá establecer una limitación con respecto al número de proveedores. En este caso y de lo que deriva la investigación, se entiende que los proveedores de servicios estarían vinculados a un tema eminentemente civil y no laboral, lo que significa que en la

²⁸⁷ Loc. Cit.

²⁸⁸ *Ibid.*, Artículo XXVIII.

actualidad el Estado de Guatemala no limita el ingreso de un número de proveedores, lo que sí limita son las contrataciones de extranjeros bajo una relación de trabajo velando por la prioridad de contratación frente a un extranjero (véase Artículo 13 del Código de Trabajo). Sin embargo, es conveniente que se analice si este apartado del Acuerdo iría o no en contra de los principios de la Constitución Política de la República de Guatemala pues ésta última también establece la limitante con el fin de otorgarle preferencia al trabajador local.

Por otro lado, el anexo del acuerdo que trata sobre el movimiento de personas físicas proveedoras de servicios, establece que dicho acuerdo no será aplicable a las medidas que afecten a personas físicas que traten de acceder al mercado de trabajo de un Miembro ni a las medidas en materia de ciudadanía, residencia o empleo con carácter permanente. Esto significa que aunque Guatemala sea miembro, el acuerdo a pesar del fin que contempla, no será aplicable a las medidas en materia de residencia y empleo con carácter permanente, es decir que igualmente los servicios de personas entre Miembros, deberán cumplir con la normativa interna guatemalteca para la respectiva ejecución de servicios.

CAPÍTULO 5

EFFECTOS LEGALES INTERPARTES EN LA CONTRATACIÓN DE EXTRANJEROS EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

Con el objeto de determinar los efectos legales inter partes en la contratación de extranjeros en la República de Guatemala, se consideró oportuno realizar un capítulo inicial en donde se abarcan los antecedentes y evolución histórica de la migración, así como un análisis de la migración laboral o calificada hasta llegar al derecho migratorio internacional y su relación con la globalización, dicho capítulo es esencial para entender el enfoque de la presente investigación. Además, en el segundo capítulo se ha realizado un análisis de las formas más comunes y recurrentes de contratación de servicios, trabajos o tareas por medio de personas de nacionalidad extranjera en las distintas materias legales, entre ellas la materia laboral para relaciones de trabajo, materia civil y mercantil para relaciones de esa índole. En el tercer capítulo se efectuó una descripción de las leyes guatemaltecas relacionadas con las distintas formas de contratación analizadas anteriormente, así como aquellas normativas que tienen un impacto o efecto en las relacionadas contrataciones, entre ellas la LAT y la LIVA, así como las leyes penales afines, entre otras. También se consideró esencial revisar el marco internacional aplicable en Guatemala, que además de reforzar el estudio de la investigadora, resalta el espíritu, objeto y generalidades de los derechos que deben ser protegidos por los Estados en donde se contrate a extranjeros.

Es así como se elaboró un cuadro de cotejo en donde se consideró pertinente detallar el tipo de visa, la cual se analiza desde la perspectiva de la Ley de Migración y el Código de Migración, estableciendo subsecuentemente una columna que contiene la actividad o contratación que podría tener un extranjero en Guatemala y fundando al mismo tiempo dentro del mismo cuadro de cotejo distintas columnas representadas por las materias legales aquí analizadas. Cada una de ellas resume el efecto o impacto que genera. Por último, se detalla el fundamento legal relacionado. Dicho cuadro de cotejo se incluye como Anexo a la presente investigación.

Por medio del cuadro de cotejo se logra identificar que los efectos legales dependerán del tipo de contratación o actividad que realice el extranjero en el país, de esa cuenta a continuación se desarrollan inicialmente las distintas visas reconocidas, pues a partir de ellas se podrá definir el tipo de contratación o actividad que podría tener el extranjero en el país, arribando así a los efectos legales que conllevan las derivadas contrataciones.

Como se analizó en los capítulos anteriores del presente estudio, inicialmente para que ingrese un extranjero al territorio, debe verificarse si su nacionalidad requiere o no de visa consular o consultada previo al ingreso al país, tal y como se estudió en los capítulos 3 y 4, específicamente en el apartado de la Ley de Migración y en lo contenido en el Acuerdo Regional CA-4, respectivamente, las nacionalidades se encuentran clasificadas por distintas categorías siendo éstas, A, B, C y D. De esa cuenta dependerá de su país de origen o del país en donde posea residencia, si es necesario que gestione una visa consular (nacionales de categoría "B") o visa consultada (nacionalidad de categoría "C" o "D") para ingresar al país. Dicho listado de clasificación de exención de obligatoriedad de visas lo publica el Ministerio de Relaciones Exteriores y se incluye como anexo a la presente investigación.

Posterior a verificar la obligatoriedad de visa de entrada, se analiza el primer indicador del cuadro de cotejo que establece que el extranjero ingresa al país con *visa de turista*. Ambas leyes migratorias (LM y CM) otorgan esta visa por el plazo de 90 días prorrogables por una sola vez y bajo este estatus el extranjero estará limitado a realizar actividades relacionadas con el turismo, por lo que no pueden percibir ningún tipo de remuneración bajo esa categoría y no pueden ser contratados ni civil, mercantil o laboralmente, de lo contrario, el contratante estaría sujeto a multas en materia laboral, en caso aplique y el extranjero podría ser multado por el Instituto Guatemalteco de Migración por realizar actividades distintas a las permitidas, sin perjuicio de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de tales supuestos. Además, estarían sujetos al pago de impuestos conforme se analizó en el capítulo respectivo, ISR por actividades lucrativas o por rentas del trabajo, así como del IVA cuando fuere aplicable.

Ahora, bien analizando el siguiente indicador, cuando el extranjero ingresa al país bajo la categoría de *visitante*, la cual es otorgada según la LM por 90 días prorrogables o con la *visa de viajero* según el CM otorgada hasta por 180 sin prórroga, los extranjeros podrán realizar las siguientes actividades: **a)** con la *visa de visitante*, actividades relacionadas con fines científicos, culturales, deportivos o académicos, claro está que no pueden percibir ningún tipo de remuneración bajo esa categoría y, **c)** con la *visa de viajero*, podrá realizar actividades como técnico, profesional, científico, cultural, deportivo o religioso, que por razones de sus conocimientos son requeridas por instituciones públicas o privadas, para permanecer y desarrollar una actividad de consulta o asesoría remunerada.

De esa cuenta, si un extranjero ingresa con su *Visa de visitante*, podrá realizar ciertas actividades no remuneradas y, si ingresa con la *Visa de viajero* podrá ser contratado por medio de una o varias relaciones de índole civil o mercantil remuneradas hasta por un máximo de 180 días, estando para ello sujeto al pago de impuestos aplicables, que en estos casos sería al pago de IVA por la prestación de servicios o bien por el ISR bajo el régimen de actividades lucrativas, aplicables en el caso que el foráneo no posea residencia fiscal en Guatemala y no sea catalogado bajo un establecimiento permanente. Cabe enfatizar que bajo cualquiera de las categorías anteriormente expuestas no es permitido trabajar o contratar a éstos bajo relación de dependencia.

Por lo anterior se desprende, que quien desee contratar localmente los servicios de un asesor o consultor, técnico o profesional extranjero, ya sea en la vía civil o mercantil bajo los supuestos analizados en el capítulo 2, podrá realizarlo toda vez el foráneo posea una visa como *vajero*, se encuentre dentro del plazo de permanencia autorizado y, evidentemente pague sus impuestos correspondientes. En caso de que el extranjero no realice estas actividades de forma rutinaria, no esté inscrito en la Administración Tributaria y sea muy excepcional su visita al país, el contratante podrá emitir una factura especial por la prestación de sus servicios, tal y como fue analizado en el capítulo referente a las incidencias fiscales.

Ahora bien, cuando un extranjero ingresa al país bajo la categoría de *negocios* según la LM o como *viajero* según el CM, podrá actuar según la primera en forma individual o en representación debidamente acreditada de entidades extranjeras de carácter lucrativo por motivos de negocios lícitos no remunerados. Es decir, el extranjero que posea *visa de negocios*, según la LM no podrá realizar diferentes actividades a las ya enunciadas y bajo ningún supuesto podrá percibir remuneración, lo que lo limitaría a no suscribir contratos de índole laboral, civil o mercantil remunerados. En práctica, se ha conocido de casos en donde se contrata al extranjero con esa categoría, suscribiendo un contrato de servicios de forma gratuita, lo cual evidencia una contradicción a la naturaleza de los contratos civiles o mercantiles (onerosos) y una simulación, lo cual podría encuadrar a la defraudación tributaria, tanto al contratante como al contratista por indiscutibles razones.

Se debe considerar que esta visa (*Negocios bajo la LM*) es otorgada por el plazo de 180 días prorrogables, por lo que, si el extranjero excede de 183 días en el país, según lo analizado en el capítulo correspondiente, la LAT podría categorizarlo como residente fiscal lo que significará que deberá tributar conforme al ISR aplicable, que sería el régimen de actividades lucrativas y todas sus rentas, sean locales o no, estarían sujetas al pago de tributos localmente.

En lo que respecta a la visa como viajero del CM, que a criterio de la autora reemplaza a la *visa de negocios* de la LM le aplica lo analizado en el párrafo de la visa de viajero.

Continuando con el análisis, si un extranjero posee *visa de residencia temporal*, que según la LM tiene vigencia por dos años prorrogables y por el CM por 1 a 5 años, el extranjero estará facultado a realizar cualquier tipo de actividad lícita, realizar cualquier tipo de contrato en donde las obligaciones inter partes son las que se crean en los respectivos contratos, con las siguientes limitantes, **a)** no podrá ser contratado bajo relación de dependencia si el patrono no posee previamente la autorización correspondiente del Ministerio de Trabajo; **b)** No podrá ser contratado por el Estado bajo relación de dependencia si existen nacionales que tenga las mismas calidades y sin contar previamente la validación por parte de la ONSEC, tal y como se revisó en el capítulo respectivo; y **c)** No podrá suscribir contratos de servicios profesionales si no

ostenta el título incorporado correspondiente que lo habilite como tal. A continuación, se analizarán dichos supuestos.

Si se desea contratar a un extranjero bajo relación de dependencia, además de que éste posea su residencia temporal aprobada o en trámite, una autorización previa, considerando que según la norma Constitucional debe darse preferencia a los trabajadores guatemaltecos sobre los extranjeros en igualdad de condiciones y en los *porcentajes determinados por la ley*, siendo ésta una de las esenciales razones de tal autorización.

En lo que respecta a *los porcentajes determinados en ley*, se refiere a los porcentajes legales establecidos en el Código de Trabajo, específicamente contenidos en el artículo 13 en donde se estipula que se prohíbe al patrono emplear menos de un 90% de trabajadores guatemaltecos y pagar a éstos menos del 85% por ciento del total de los salarios que en sus respectivas empresas se devenguen, salvo lo que sobre el particular establezcan leyes especiales.

De esa cuenta, si un patrono guatemalteco desea contratar los servicios de una persona extranjera, debe inicialmente preferir al trabajador local o en todo caso, cumplir con los porcentajes de contratación. Además, el Código de Trabajo no impone un procedimiento para la contratación de trabajadores extranjeros, siendo la LM la que establece en su artículo 30 que los extranjeros que obtengan residencia temporal o permanente y que deseen trabajar en relación de dependencia, deberán hacerlo en actividades lícitas y estarán obligados a obtener la correspondiente autorización del MTPS. Es por ello que se emite el Acuerdo Gubernativo No. 528 – 2003 que contiene el *Reglamento de autorización del trabajo de personas extranjeras a empleadores del sector privado*, el cual garantiza el proceso de contratación de extranjeros en cumplimiento de los porcentajes de contratación y lo contenido en el artículo 43 de la LM que estipula que los extranjeros que ingresen legalmente al país necesitan de autorización previa del MTPS para trabajar en relación de dependencia, prestando sus servicios a un empleador del sector privado.

Dicho lo anterior, todo patrono guatemalteco o extranjero, establecido legalmente en Guatemala que desee contratar extranjeros, inicialmente deberá preferir a los trabajadores guatemaltecos, o bien cumplir con los porcentajes legales de contratación y al mismo tiempo solicitar la respectiva autorización por parte del MTPS.

Resulta crucial mencionar que, derivado de la Ley de Inversión Extranjera, los porcentajes de contratación señalados anteriormente no serán aplicables a aquellos extranjeros que ocupen cargos de gerentes, directores, administradores, superintendentes y jefes generales de las empresas. Por ende, este tipo de contratos, celebrados con la alta gerencia, según se estudió en el capítulo tienen este tratamiento especial, pues no les aplica los ya citados porcentajes, lo que significa que su aprobación es más expedita que la de los demás permisos de trabajo.

Al analizar los Convenios Internacionales, entre ellos Convenios de la Organización Internacional de Trabajo OIT, se concluye que los mismos buscan proteger los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, creando principios internacionales, obligatorias entre sus miembros, en donde debe velarse esencialmente “la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes”, *“aplicar un trato no menos favorable que el que se aplica a sus nacionales con respecto a un número de cuestiones que incluyen las condiciones de empleo, la libertad sindical y la seguridad social”*, así como otorgarles un trato no menos favorables frente a los locales sobre asuntos relacionados con remuneración, libertad sindical, impuestos, seguridad social y acciones judiciales, aplicable solamente aquellos migrantes que se *encuentren legalmente en su territorio*.

Con respecto a los tipos de contrato laborales que pueden existir, el Acuerdo Gubernativo de autorización de permisos de trabajo a extranjeros nada refiere ni distinciones contempla, es decir no existe una autorización para contratos por tiempo indefinido, obra determinada o plazo fijo, ni para contratos especiales como de servicio doméstico, a domicilio, teletrabajo, entre otros. Teniendo un único plazo de vigencia la autorización, que corresponde a un año. Por esta razón, podría entenderse que los contratos de trabajo con extranjeros estarán siempre sujetos a una autorización y no podrían considerarse por

tiempo indefinido, que debería ser la regla en contrataciones tal y como lo establece el Código de Trabajo y la doctrina, tal y como se estudió en esta investigación.

Con respecto a los trabajos realizados por medio de intermediarios, éstos últimos están entonces obligados a obtener la autorización por parte del Ministerio de Trabajo y claro está, se deberá definir con exactitud que los servicios que el extranjero prestará serán a favor de tercera persona, ya que en la actualidad no existe un tipo de autorización especial para estas contrataciones.

En lo referente a los tipos especiales de contratación en materia laboral, se determina que los efectos legales en esta materia son esencialmente los mismos con la siguiente distinción, que es para los contratos realizados con el personal de alta gerencia, no es necesario cumplir con los porcentajes legales de contratación que impone el artículo 13 del CT. Por otro lado, para los casos de trabajos de servicio doméstico resulta desafiante obtener una autorización, puesto que además de que el foráneo debe acreditar un perfil mayor que cualquier local, es decir acreditar más estudios o preparación profesional, serán pocos los patronos que deseen o puedan en efecto pagar la cuota arancelaria correspondiente denominada por el AG como DEFOBE, que tiene un valor de tres mil quetzales. En la experiencia de la autora, han ocurrido casos en los que el personal de servicio doméstico que ha sido sujeto a un proceso de autorización para poder ser contratado, corresponde a nacionales de los países de la región CA-4 los cuales, según la CPRG deberían ser considerados guatemaltecos de origen luego de adquirir domicilio en Guatemala y manifestar ante autoridad competente su deseo de ser guatemaltecos. Proceso que, en práctica demora hasta cuatro años, vulnerando así el espíritu de la norma constitucional.

Igualmente es común que los extranjeros al ser trasladados a otro país, sean acompañados de su núcleo familiar y en algunos casos, incluso son acompañados de su personal de servicio doméstico, por lazos de confianza y sobre todo por la relación de trabajo indefinida que han trazado desde su país de origen. En estos casos resulta igualmente necesaria tal autorización como lo contempla el artículo 14 del Código de

Trabajo, en tanto que *“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”*.

Por otra parte, en lo que respecta al teletrabajo, claro está que, si existen indicios de dependencia con patrono guatemalteco, se entenderá que igualmente será necesaria la autorización del permiso de trabajo, aunque materializarlo resultará un desafío pues de acuerdo a la normativa migratoria vigente, se requiere que el extranjero haya iniciado una solicitud de residencia o posea una residencia aprobada en Guatemala previo a la obtención de un permiso de trabajo. En este supuesto se puede concluir que, actualmente no se podría obtener un permiso de trabajo para un extranjero que no resida en Guatemala. Lo que conlleva a que se irrumpen o incluso detengan las contrataciones por medio de las nuevas tecnologías que sabemos en la actualidad son recurrentes.

Por otro lado, con respecto a los trabajadores del Estado, la ley aplicable es la Ley del Servicio Civil correspondiente a cada organismo de Estado las cuales fueron analizadas y citadas en el Capítulo 2 correspondiente, las que establecen que se podrá contratar a personas extranjeras cuando no existan guatemaltecos que puedan desempeñar con eficiencia el trabajo de que se trate, previa resolución de la Oficina Nacional de Servicio Civil, la que recabará la información necesaria y evidentemente en los casos en los que se permita contratar extranjeros, pues se identificaron casos en donde se requiere que sean exclusivamente guatemaltecos, tal es el caso de los Jueces, Secretarios, Secretarios de la Corte Suprema de Justicia, Ministros de Estado, entre otros.

Igualmente, al revisar las contrataciones de índole civil o mercantil que podría tener el Estado con extranjeros, se identificó que según la Ley de Contrataciones del Estado no existe mayor obligación para el extranjero o incluso para la entidad de Estado que desee contratarlos más que la obligación de que el foráneo posea su inscripción en el Registro General de Adquisiciones y en el Registro de precalificados correspondiente y llevar a cabo el procedimiento establecido por medio de Guatecompras.

Cabe mencionar que el CM, al día de hoy no contempla nada referente a permisos de trabajo, por lo que se entiende que continúa vigente el procedimiento previamente expuesto, en el entendido que deberá revisarse a futuro si existirá o no una reforma de dicha ley que contemple lo anterior o bien si los reglamentos que se deriven del CM, incluirán un procedimiento que reemplace total o parcialmente el procedimiento actual.

Ahora bien y regresando al análisis de los extranjeros que posean *visa de residencia temporal*, se contemplaba otra limitante en las actividades que los extranjeros pueden realizar bajo esta categoría, que corresponde a la suscripción de contratos de servicios profesionales, en donde se requiere que el extranjero efectivamente ostente tal calidad, es decir, si el extranjero presta un servicio profesional en donde la ley exija tal título es necesario que el foráneo posea su título que lo habilite como tal, ya sea, emitido por una Universidad local o bien por medio del título proveniente del extranjero que previamente se encuentre legalizado conforme lo establece la LOJ y autorizado e incorporado por la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En caso contrario, además de estar sujeto al pago de daños y perjuicios, estaría sujeto a una pena de multa impuesta por el Código Penal, por encuadrar en el delito de usurpación de calidad.

En ambos casos (permiso de trabajo y servicios profesionales), el extranjero estaría sujeto al pago de sus impuestos correspondientes, siendo éstos el del ISR por rentas de trabajo y el IVA por la prestación de servicios. En lo que respecta a las obligaciones de la contraparte, en el primer caso, el Patrono estaría obligado al pago de las contribuciones del seguro social, así como a retener del empleador extranjero sus respectivas cuotas y enterarlas al IGSS en las fechas correspondientes. En el segundo caso, estaría obligado a solicitar la emisión de factura por parte de contratista y en caso el extranjero se niegue, el contratista estará obligado a emitir una factura especial tal y como se analizó oportunamente.

Como se estableció pertinentemente, los extranjeros que se encuentren bajo la categoría migratoria de *residentes temporales*, están facultados también a suscribir contratos de

índole civil y mercantil con la obligación de pagar los impuestos que se deriven de tales contrataciones. Entre ellas podrían mencionarse las analizadas en el capítulo 2, tales como contrato de obra, representación o mandato y contratos de agencia, distribución, concesión, franquicia, entre otros.

En lo que respecta a la categoría migratoria como *residentes permanentes*, la LM la otorga por un plazo de 5 años prorrogables y el CM por tiempo indefinido. Con este tipo de visas las actividades o contrataciones que realicen los extranjeros no tienen límite alguno, más que la obtención de permiso de trabajo si se desea trabajar bajo relación de dependencia en el sector privado y de obtener el título facultativo o incorporarlo a la Universidad correspondiente para prestar un servicio profesional, pero en cuanto a lo demás tendrán los mismos derechos y obligaciones que un guatemalteco, incluso están también sujetos al pago de sus impuestos tal y como se estableció recientemente, pago de ISR acorde a su régimen, pago de IVA en lo que resulte aplicable y contribución a las cuotas del IGSS en caso trabajen bajo relación de dependencia.

Ahora bien, en lo que acontece a las contrataciones bajo relación de dependencia frente al sector público, se determinó que la ONSEC es la entidad encargada de autorizarlos, por lo que se verificó si en efecto existe algún procedimiento especial, con lo que se arribó a que ésta únicamente se limita a verificar si existe o no perfiles de nacionales en la bolsa de empleo interna que puedan ocupar tales plazas, en caso de no existir, la contratación con el extranjero puede hacerse efectiva. Sin perjuicio de contemplar las *contrataciones por servicio o asesoría* que en efecto son mayormente utilizadas en la práctica y que en tales casos se llevan por medio de lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, en donde el extranjero deberá estar previamente registrado en Guatecompras, pues deberá entrar en un proceso de licitación en donde su perfil, especificaciones y condiciones serán definidas por la entidad del Estado contratante, lo cual definirá si resultará o no factible la contratación por esa materia.

Es así como arribamos a las conclusiones de la presente investigación, estableciendo que se logró el objetivo general, de identificar los efectos legales inter partes en la contratación de personal extranjero, pues se dio respuesta a la pregunta de investigación

así como a los objetivos generales y específicos, siendo éstos los antecedentes históricos de la migración, así como el concepto y desarrollo de la migración laboral y el derecho migratorio internacional, se detallaron y analizaron los diferentes tipos de contratos que pueden realizarse con personas extranjeras en Guatemala, así como el análisis y descripción legal en las distintas leyes laborales, migratorias y tributarias. Además de identificar el marco internacional aplicable en la contratación de extranjeros, lo cual reforzó el análisis del presente capítulo identificando todos los efectos o incidencias legales que las contrataciones conllevan.

Los límites de la presente investigación fueron superados ya que se contempló que existiría escases en referencia bibliográfica referente al derecho migratorio, lo cual fue suplido por la positiva referencia bibliográfica del derecho migratorio internacional que ayudó a complementar la primera. Con respecto a la escases de doctrina de los efectos legales en la contratación de extranjeros, se logró superar en tanto que se identificó referencia bibliográfica de diferentes tipos, tanto como la electrónica y la legal, lo cual evidentemente permitió que se desarrollara efectivamente ese capítulo y por último se logró analizar dos legislaciones de una misma materia, siendo éstas la Ley de Migración y el Código de Migración, lo cual favoreció al análisis detallado de los diferentes escenarios y categorías migratorias, lo que facilitará la adaptación de transición entre una ley y otra.

Los efectos entre las partes contratantes se encuentran dentro del contenido y desarrollo de toda la investigación, por lo que se espera que la misma sea una herramienta útil para empresarios y extranjeros que estén vinculados a estas contrataciones, así como para profesionales del derecho y de otras materias que deseen definir y encontrar en un solo documento, los efectos legales que surjan de la contratación de extranjeros.

CONCLUSIONES

1. Se logró alcanzar los objetivos propuestos y se logró dar respuesta a la pregunta de investigación puesto que se determinaron los efectos legales, en materia laboral, fiscal y migratoria que resultan de las contrataciones con extranjeros en el país, lo cual puede evidenciarse en el desarrollo del último capítulo, así como en el cuadro de cotejo por medio de sus indicadores y sujetos de análisis. En ellos se detalla el tipo de visa, la actividad o contratación que el extranjero puede realizar bajo la categoría migratoria, los tipos de contratación que puede realizar, así como las obligaciones fiscales aplicables.
2. Los extranjeros que obtengan la categoría migratoria como residentes temporales y residentes permanentes, poseen las mismas posibilidades contractuales que los nacionales, con la única diferencia de que, en la contratación bajo relación de dependencia, tanto el foráneo como el patrono, están obligados a obtener un permiso de trabajo previamente, debiéndolo renovar de forma anual.
3. El estatus migratorio del extranjero no impacta en el tema tributario, por cuanto que una vez se realice el hecho generador, el contribuyente sea cual fuese su estatus migratorio estará sujeto al pago de impuestos. Lo anterior, sin perjuicio de que la Ley de Actualización Tributaria considera residentes fiscales a los extranjeros que permanecen en el país por más de 183 durante un año calendario, sin importar si su estadía es continuada o no o que estén o no contratados localmente, lo que significa que están obligados al pago del ISR bajo el régimen de actividades lucrativas correspondiente.
4. La visa de viajero contemplada en el CM reemplaza la visa de negocios contenida en la LM. Dicha visa (viajero) amplía las posibilidades de contratación de extranjeros bajo esquemas civiles o mercantiles por tiempos

cortos (hasta 180 días) lo cual permite una regularización migratoria más efectiva y adaptable a las necesidades actuales, lo que con la LM no era posible.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al Congreso de la República de Guatemala, emitir legislación en donde se faculte a la Administración Tributaria tener un enlace efectivo con control migratorio de DGM o el Instituto Guatemalteco de Migración que permita identificar extranjeros que excedan de los 183 días durante año calendario y que cuyo estatus migratorio no se encuentre conforme, para que proceda el requerimiento respectivo del pago de impuestos a los que estuvieren afectos.
2. Se recomienda a las empresas nacionales y multinacionales establecidas legalmente en Guatemala, que previo a la contratación de extranjeros cumplan con los lineamientos legales correspondientes, para realizar una contratación efectiva que permita el cumplimiento de las obligaciones y derechos legales que surgen para ambas partes en las citadas contrataciones.
3. Se recomienda al Congreso de la República reformar el Código Migratorio o bien, crear una normativa independiente en donde se otorgue pleno reconocimiento a la visa de trabajo para los extranjeros que deseen trabajar bajo relación de dependencia en Guatemala, con lo que se unificarían los procesos de obtención que actualmente están a cargo de dos entidades distintas (DGM / Instituto Guatemalteco de Migración y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social).

LISTADO DE REFERENCIAS

a) REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alonso Olea, Manuel y Maria Emilia, Casas Baamonde. *Derecho del trabajo*. Madrid, España. Editorial Aranzandi , S,A 2006.
2. Arrubla Paucar, Jaime Aberto. *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Bolivia. Editorial Biblioteca Jurídica. 1992. p. 24.
3. Barbieri, Pablo C. *Contratos de empresa*. Argentina. Editorial Universidad. 1998.
4. Bezares Cobar, Patricia. *Terminología Migratoria*. Guatemala. Mesa Nacional para las Migraciones en Guatemala MENAMIG. 2012.
5. Bonet Ramón, Francisco. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado. 1959.
6. Caballeros, Álvaro. *Migración internacional: Los rostros y los cuerpos de la globalización*. Guatemala. Mesa Nacional para las migraciones MENAMIG. 2002.
7. Cabanellas de Torres, Guillermo; *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, Editorial Heliasta, Decimosexta Edición, año 2003.
8. Castillo García, Miguel Ángel y Jorge Santibáñez Romellón, *Nuevas tendencias y nuevos desafíos de la migración Internacional. Memorias del Seminario Permanente sobre Migración Internacional*. Volumen II. México, 2007.
9. Castillo, Mireya. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Tirant lo Blanch. España, 2003.
10. Colin, Ambrosio y H. Capitant, *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid, España. Instituto Editorial Reus, 1955.
11. Contreras Ortiz, Rubén Alberto. *Obligaciones y Negocios Jurídicos Civiles* (parte general). Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
12. De la Torre Recio, Teodoro. *Problemas de las migraciones internacionales*. Madrid. Ediciones Cultura Hispánica. 1946.
13. De Buen L., Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo segundo. México, Editorial Porrúa. 2002.

14. Egea, Luis Arenas y Agustín Jausás Martí. *Tratado práctico de Seguridad Social*. Barcelona, España. BOSCH Casa Editorial, 1971.
15. Enciclopedia jurídica OMEBA, tomo XX, Buenos Aires, Editorial Omeba: Ancalo. 1979.
16. Enneccerus, Ludwig. *Derecho de Obligaciones*. Barcelona España. BOSCH, Casa Editorial. 1966.
17. Fernández Molina, Luis. *Derecho Laboral Guatemalteco*. Guatemala. Editorial Óscar de León Palacios, 1996.
18. Flores, Enrique. *El impuesto sobre la renta*. Costa Rica. Impuesto sobre la renta y lo contencioso administrativo. Editorial Universitaria Centroamericana, EDUCA. 1973.
19. Goñi Moreno, José María. *Derecho de la Previsión Social*. Parte I. Buenos Aires. Argentina. EDJAR. SOC. ANON. Editores, 1956.
20. Granados, Tuncho. *El compendio del contribuyente*. Guatemala. Ediciones Fiscales, S.A. 2009.
21. Grisolia, Julio Armando. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. Argentina. Editorial Abeleo Perrot, S.A. 2011.
22. Kahn, Michel. *Franchising y partenariado*. Traducción de la tercera Edición Francesa. Buenos, Aires Argentina. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1998.
23. Krotoschin, Ernesto. *Manual de derecho del trabajo*. Argentina. Ediciones Depalma. 1977.
24. López Cabana, Roberto M. *Contratos especiales en el siglo XXI*. Argentina. Editorial Abeledo-Perrot- 1999.
25. Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Argentina. Rubinzal – Culzoni Editores. 2007.
26. Martínez Pizarro, Jorge (comp.), *Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y Naciones Unidas América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo*. Santiago de Chile. CEPAL 2008.
27. Meza Ramos, Eduardo, et. al. (comp.). *Migración calificada: Iniciativas de polos de atracción y retornos que promueven la circulación de elites*. Cuarto seminario de

- desarrollo local y migración*. México. Red de Investigadores en Competitividad, Organizaciones y Desarrollo Regional (REDICODER). Unidad Académica de Economía de la Universidad Autónoma de Nayarit, 2011.
28. Montoya Melgar Alfredo. *Derecho del Trabajo*, Madrid España, Editorial Tecnos. 2007.
 29. Muñoz, Humberto et. al., *Las Migraciones internas en América Latina*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Nueva Visión SAIC.. 1974.
 30. Palomeque López, Manuel Carlos y Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. Madrid. Editorial Universitaria: Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.
 31. Papademetriou, Demetrios G, et. al. *Pensando regionalmente para competir globalmente: Aprovechar la Migración y el Capital Humano en Estados Unidos, México y el Caribe*. Instituto de Política Migratoria. Washington, D.C. 2013.
 32. Pérez de Ayala, José Luis y Eusebio González. *Curso de Derecho Tributario*, Tomo I. Madrid, España. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1978.
 33. Plazas Vega, Mauricio A. *El liberalismo y la teoría de los tributos*. Colombia. Editorial Temis, S.A., 1995.
 34. Remiro Brotóns, Antonio, et al. *Derecho Internacional*. España. Editorial Tirant lo Blanch. 2010.
 35. Sepúlveda, Cesar. *Derecho Internacional*. México. Editorial Porrúa, 1979.
 36. Tosi Gori, Fernando. *El Contrato de Concesión Comercial*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Fernández. 1979.
 37. Valverde Antonio Martín y Joaquín Gracia Murcia, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen III, España, Editorial Arazandi, SA, 2008.
 38. Vásquez Martínez, *Instituciones del Derecho Mercantil*. Guatemala, IUS Ediciones.2012.

b) REFERENCIAS NORMATIVAS

1. Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración relativa a los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del Estado en el que viven. Adoptada mediante la resolución 40/144, del 13 de diciembre de 1985.
2. Organización Mundial de Comercio. Acuerdo Sobre el Acuerdo de Servicios, 1 de enero de 2005.
3. Organización Internacional del Trabajo. Convenio 175 sobre el trabajo parcial, 1996. Ratificado por Guatemala el 28 de febrero de 2017 entrada en vigor 28 de febrero de 2018.
4. Organización Internacional del Trabajo. Convenio 177 Sobre el trabajo a domicilio, 1996. No ratificado por la República de Guatemala.
5. Organización Internación de Trabajo. Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1949 (núm. 86).
6. Ministros de Gobernación de los países de la región CA-4. Acuerdo Regional CA-4 para la extensión de la Visa única centroamericana, los alcances al tratado marco y la movilidad de personas en la región. Honduras, 30 de junio de 2005.
7. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985. 1985
8. Congreso de la República de Guatemala, Código de Comercio de Guatemala. Decreto Número 2-70. Fecha de emisión 28 de enero de 1970.
9. Congreso de la República de Guatemala. Código de Migración, Decreto Número 44-2016. Fecha de emisión 12 de octubre de 2016.
10. Congreso de la República de Guatemala. Código de Trabajo, Decreto Número 1141. Fecha de emisión 29 de abril de 1971.
11. Congreso de la República de Guatemala. Código Tributario, Decreto Número 6-91. Fecha de emisión 25 de Marzo de 1991. Artículo 14.
12. Congreso de la República de Guatemala, Ley de Actualización Tributaria Decreto Número 10-2012. Fecha de emisión 1 de marzo de 2012.
13. Congreso de la República de Guatemala. Ley de Colegiación Profesional Obligatoria. Decreto Número 72-2001. Publicada el 21 de diciembre de 2011
14. Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Número 57-92. Fecha de emisión 5 de octubre de 1992.

15. Congreso de la República, Ley de Migración, Decreto Número 95-98. Fecha de emisión 26 de noviembre de 1998.
16. Congreso de la República de Guatemala, Ley del Impuesto al Valor Agregado, Decreto Número 27-92. Fecha de emisión 9 de abril de 1992.
17. Congreso de la República de Guatemala. Ley de Inversión Extranjera, Decreto Número 9-98. Fecha de emisión 4 de febrero de 1998.
18. Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Ejecutivo, Decreto Número 114-97. Fecha de emisión 10 de diciembre de 1997.
19. Congreso de la República, Ley del Organismo Legislativo, Decreto Número 63-94. Fecha de emisión 1 de diciembre de 1994.
20. Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial, Decreto Número 2-89. Fecha de emisión 28 de marzo de 1989.
21. Congreso de la República de Guatemala. Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Decreto Número 295 Fecha de emisión: 30 de octubre de 1946
22. Congreso de la República de Guatemala, Ley del Servicio Civil, Decreto Número 1748. Fecha de emisión 10 de mayo de 1978.
23. Congreso de la República de Guatemala, Ley del Servicio Civil del Organismo Judicial, Decreto Número 48-99. Fecha de emisión, 21 de diciembre de 1999. .
24. Jefe del Gobierno de la República, Código Civil, Decreto Ley Número 106. Guatemala. 1973.
25. Corte de Constiucionalidad de la República de Guatemala, sentencia dictada dentro del expediente número 4145-2008 de fecha 24 de febrero de 2009.
26. Corte de Constiucionalidad de la República de Guatemala, sentencias dictadas en expedientes números 1545-2007, 112-2007 y 2581-2007, de fecha 16 de octubre de 2007, 16 de agosto de 2007 y 26 de marzo de 2008.
27. Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo 528-2003, Reglamento de Autorización del Trabajo a Personas Extranjeras Fecha de emisión 17 de septiembre del 2003.
28. Presidente de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo 83-2017. Fecha de emisión 5 de mayo de 2017.

29. Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Reglamento sobre recaudación de contribuciones al régimen de Seguridad Social, Acuerdo Gubernativo 85-2003, fecha de emisión 13 de marzo de 2003.

C) REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

1. Carbajo Cascón, Fernando. *“La distribución comercial (I-2) Aspectos Contractuales”* EN: *Iustitias – Revista de la División de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Colombia. Universidad Santo Tomás. 2011. p.312.. <file:///C:/Users/csandoval/Downloads/902-2036-1-SM.pdf>. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2017.
2. Comité Internacional de la Cruz Roja. *Derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos*. Servicio de asesoramiento en derecho internacional humanitario. 2003 Disponible en línea: https://www.icrc.org/es/download/file/3649/dih_didh.pdf. Fecha de consulta: 29 de abril de 2017
3. Comisión Económica para América Latina y El Caribe. Pellegrino, Adella. CEPAL, *Drenaje, Movilidad, Circulación: Nuevas Modalidades De La Migración Calificada*. Uruguay, 2001. www.cepal.org/Celade/proyectos/migracion/Pellegrino.doc. P. 3.2.10. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.
4. Naciones Unidas. *Los objetivos del desarrollo del milenio*. <http://www.un.org/es/aboutun/booklet/globalization.shtml>. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.
5. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH). Acerca de la OACDH. Disponible en línea: <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>. Fecha de consulta: 26 de junio de 2016
6. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *El derecho internacional de los Derechos Humanos*. 1996-2017.

- <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx> Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.
7. Oficina Nacional del Servicio Civil. Gobierno de la República de Guatemala. <http://www.onsec.gob.gt/acerca%20de%20onsec/descripcion.php> Fecha de consulta: 8 de mayo de 2017.
 8. Opeskin, Brian, et. al. *Las bases del derecho internacional sobre la migración*. Organización Internacional para las Migraciones. Suiza, 2014. http://publications.iom.int/bookstore/free/Foundations_Intl_Migration_SP.pdf. Fecha de consulta: 9 de octubre de 2016.
 9. Organización Internacional de Trabajo (OIT), Acerca de la OIT. Disponible en línea: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>. Fecha de consulta: 27 de junio de 2016
 10. Organización Mundial para las Migraciones. *Glosario sobre Migración*. Ginebra, Suiza, 2006. http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf Fecha de consulta: 28 de abril de 2017.
 11. Organización Internacional para las Migraciones. *Derecho Migratorio Internacional*. Volumen Uno: Fundamentos de Gestión de la Migración. P. 5.: http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf. Fecha de consulta: 3 de mayo de 2017
 12. Organización Internacional del trabajo. *Hechos concretos sobre la seguridad social*. Suiza. 2001. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017
 13. Organización Mundial para las Migraciones. *La OIM y la migración laboral*. Ginebra, Suiza. http://publications.iom.int/system/files/pdf/labour_migration_infosheet_sp.pdf. Fecha de consulta: 28 de abril de 2017.
 14. Organización Internacional para las Migraciones. *Migraciones y protección de los derechos humanos*. Ginebra Suiza, 2005. p.12. <http://publications.iom.int/es/system/files/pdf/iml4.pdf>. Fecha de consulta 20 de abril de 2017.

15. Organización Internacional de Trabajo (OIT), *La OIT y los trabajadores migrantes*, 29 de noviembre 2006. Disponible en línea: http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_295_SP/lang--es/index.htm. Fecha de consulta: 27 de junio de 2016
16. Organización Internacional de Trabajo (OIT), R086 - Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 86) Disponible en línea: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R086 Fecha de consulta: 27 de junio de 2016 .
17. Organización Mundial de Comercio. *Entender la OMC*. Disponible en línea: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/what_we_do_s.htm. Fecha de consulta: 29 junio de 2016.
18. Organización Mundial de Comercio. *Información por miembro*. Disponible en línea: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/countries_s/guatemala_s.htm. Fecha de consulta: 29 junio de 2016.
19. Organización Mundial de Comercio. Qué es la OMC. Disponible en línea: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htmmigration/migration-management-foundations/about-migration-international-migration-law/lang/es Fecha de consulta: 29 junio de 2016.
20. Real Academia Española. 2001 *Diccionario de la lengua española. 22va. Edición*. Disponible en línea: Artículo <http://dle.rae.es/?id=buiSmv6> Fecha de consulta: 6 de mayo de 2016
21. Universidad de Alicante. Sempere Souvannavong, Juan David. Geografía de las migraciones España: 2012. <https://personal.ua.es/es/jd-sempere/otros/otros.html>. Fecha de consulta: 7 de abril de 2017.
22. Universidad Católica de Perú . Saco Barrios, Raúl. El teletrabajo. Perú. Características Socioeconómicas de Galicia. Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de Perú. 2006. P. 329. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2954/2857>. Fecha de consulta: 1 de mayo de 2017.

ANEXO

Tipo de visa según Ley de Migración	Días de permanencia según LM	Tipo de visa según Código de Migración	Días de permanencia según CM	Tipo de Contratación o Actividad	Obligaciones Tributarias	Aspectos Laborales o Civiles	Fundamento Legal
Turista	Hasta 90 días prorrogables una vez por el mismo período.	Turista	Hasta 90 días prorrogables una vez por el mismo período.	Actividades relacionadas con turismo	Únicamente al IVA por consumo	No puede realizar actividades remuneradas; No puede trabajar bajo relación de dependencia, no puede prestar ningún tipo de servicio civil o mercantil.	Artículos 15, 80 y 109 LM; Artículos 73 y 74 CM. Artículos. 1 y LIVA.
Visitante	Hasta 90 días prorrogables una vez por el mismo período.	Viajero	Hasta 180 días no prorrogables.	Conforme la LM podrá realizar actividades relacionadas con fines científicos, culturales, deportivos o académicos no remuneradas; Conforme el CM el viajero podrá realizar actividades técnicas, profesionales, científicas, culturales, deportistas o religiosas, que por razones de sus conocimientos son requeridas por instituciones públicas o privadas, para permanecer y desarrollar una actividad de consulta o asesoría remunerada por un período que no supera los ciento ochenta días.	Los visitantes conforme LM no afecto, únicamente al IVA de consumo. El IVA o el ISR de actividades lucrativas en lo que aplique.	No puede trabajar bajo relación de dependencia, pero si pueden realizar actividades de índole civil o mercantil remuneradas, relacionadas a actividades de consulta o asesoría.	Artículos 15, 80 y 109 LM; Artículos 73 y 74 CM. Artículos. 1 y 6 LIVA.

Tipo de visa según Ley de Migración	Días de permanencia según LM	Tipo de visa según Código de Migración	Días de permanencia según CM	Tipo de Contratación o Actividad	Obligaciones Tributarias	Aspectos Laborales o Civiles	Fundamento Legal
Negocios	Hasta 180 días prorrogables una vez por el mismo período.	Turista o Viajero	Hasta 180 días no renovables	Negocios. Actuando en forma individual o en representación debidamente acreditada de entidades extranjeras de carácter lucrativo por motivos de negocios lícitos no remunerados.	Si permanece más de 183 días durante año calendario se considera residente y está afecto a pago de impuestos (ISR, IVA).	No puede trabajar bajo relación de dependencia, no puede prestar ningún tipo de servicio civil o mercantil	Artículos 85 y 109 LM; Artículos 73 y 74 CM; Artículo 6 LAT.
Visitante o Negocios	Hasta 90 días prorrogables una vez por el mismo período.	Turista o Viajero	Hasta 180 días no renovables	Capacitadores/Consultores/Asesores no remunerados localmente	Si permanece más de 183 días durante año calendario se considera residente y está afecto a pago de impuestos (ISR, IVA) además podría encuadrar en un Establecimiento Permanente.	No puede trabajar bajo relación de dependencia, no puede prestar ningún tipo de servicio civil o mercantil	Artículos 14,15, 80, 85 y 109 LM; Artículos 73 y 74 CM ; Art. 6, 7 y 97 LAT. Artículos. 1 y 6 LIVA.

Tipo de visa según Ley de Migración	Días de permanencia según LM	Tipo de visa según Código de Migración	Días de permanencia según CM	Tipo de Contratación o Actividad	Obligaciones Tributarias	Aspectos Laborales o Civiles	Fundamento Legal
Residencia temporal	Más de 90 días. La visa es otorgada por 2 años prorrogables.	Residencia temporal	De 1 a 5 años	Cualquier tipo de actividad lícita en forma temporal y cualquier tipo de contratación de orden civil o mercantil, o laboral	Relación de dependencia sujeto ISR y Contribuciones al IGSS; relación civil o mercantil sujeto al pago de IVA e ISR (dependiendo del régimen)	Permiso de trabajo vigente. Plazo 1 año prorrogable.	Artículos 16, 43, 80 y 109 LGM; Artículos 73 y 75 CM; Artículos 13 C.T.; Artículo 6 LAT; Artículos 1 y 6 LIVA. Artículos 1, 4-10 AG. 85-2003.
Residencia temporal	Más de 90 días. La visa es otorgada por 2 años prorrogables.	Residencia temporal	De 1 a 5 años	Capacitadores/Consultores/Asesores o cualquier contrato de índole civil o mercantil	Relación de dependencia sujeto ISR y Contribuciones al IGSS; relación civil o mercantil sujeto al pago de IVA e ISR (dependiendo del régimen)	No aplica toda vez sus actividades sean estrictamente de capacitación, asesores o consultores o bien esté ligado a una relación eminentemente civil o mercantil.	Artículos 16, 43, 80 y 109 LM; Artículos 73 y 75 CM; Artículo 13 C.T.; Artículos 1, 4-10 AG. 85-2003.