

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

**OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON EL CONVENIO
INTERNACIONAL DE TRABAJO NÚMERO NOVENTA Y CUATRO (94),
AL SUSCRIBIRSE CONTRATOS PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
TÉCNICOS Y PROFESIONALES EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

MARCO ANTONIO MEJÍA MORÁN

GUATEMALA, ABRIL DE 2008

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

**OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON EL CONVENIO
INTERNACIONAL DE TRABAJO NÚMERO NOVENTA Y CUATRO (94), AL
SUSCRIBIRSE
CONTRATOS PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
TÉCNICOS Y PROFESIONALES
EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos Guatemala

Por

MARCO ANTONIO MEJÍA MORÁN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2008

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA

DE LA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

DE LA

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO.: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana

VOCAL I.: Lic. César Landelino Franco López

VOCAL II.: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL III.: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez

VOCAL IV.: Br. Héctor Mauricio Ortega Pantoja

VOCAL V.: Br. Marco Vinicio Villatoro López

SECRETARIO.: Lic. Avidán Ortiz Orellana

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

DEDICATORIA

- A DIOS: Por darme todo en la vida, ser mi salvador y redentor.
- A MIS PADRES: Antonio Mejía Martínez (+) y Miltha Morán; por todos sus esfuerzos.
- A MI ESPOSA E HIJOS: Blanca Azucena, Diego, Ana Laura y José, con todo mi amor.
- A MIS HERMANOS: Roberto, María Nora y Arturo, por todo su compartimiento.
- CON APRECIO ESPECIAL: Al Licenciado Juan José Marroquín y esposa Marisela Benavides, por sus sabios consejos.
- ESPECIALMENTE A: Tialo (+), compañeros de la Dirección Técnica del Presupuesto, el SINTRAFIP y el Ministerio de Finanzas Públicas, con aprecio especial.
- A LOS ABOGADOS: Juan Rodolfo Méndez, Vicente Lemus Muñoz David Humberto Lemus Pivaral, Omar Castillo García, Estuardo López y Fredy Orellana, por su incondicional apoyo.
- A MIS CUÑADOS Y CUÑADAS: Elda, Nohemí y Cesar, con especial cariño.
- A LA FAMILIA DE: Héctor González, esposa e hijos; por ser muy especiales y brindarme su amistad.
- CORDIALMENTE A: Felipe Sánchez, Mario Castellanos y Efraín Berganza agradecido por su solidaridad.
- A MIS AMIGOS EN GENERAL: Por momentos especiales compartidos

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Del contrato para la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública.....	1
1.1. Antecedentes.....	1
1.2. Generalidades.....	6
1.3. Las condiciones para que se de este tipo de contratos.....	17
1.4. Naturaleza jurídica.....	24
1.4. Cláusulas que contiene el contrato.....	24
Ejemplo de un contrato para prestación de servicios técnicos.....	29

CAPÍTULO II

2. Diferencias existentes entre salario y honorarios.....	33
2.1. Salario.....	33
2.2. Antecedentes históricos.....	36
2.3. Clases de salario.....	37
2.4. Naturaleza jurídica del salario.....	38
2.5. Honorarios.....	39
2.5.1 Definición de honorarios.....	39

	Pág.
2.5.2 Diferencias.....	40
2.6. Tabla comparativa de salarios del servidor público y los honorarios devengados por las personas contratadas con cargo al renglón 029.....	42

CAPÍTULO III

3. Servidores Públicos.....	45
3.1. Definición de servidores públicos.....	45
3.2. Requisitos para ser servidor público.....	45
3.3. Clases de servidores públicos.....	46
3.4. Personal permanente.....	48
3.5. Que es el manual de clasificaciones presupuestarias para el sector público de Guatemala.....	52

CAPÍTULO IV

4. Del convenio internacional de trabajo numero noventa y cuatro (94)	57
4.1. Antecedentes.....	57
4.2. La Organización Internacional del Trabajo (OIT).....	58
4.3. Que es un convenio internacional de trabajo.....	62
4.4. Procedimiento de la elaboración de Convenios en la OIT.....	62
4.5. Estructura del convenio internacional de trabajo número noventa y cuatro (94).....	64
4.6. Aplicación del convenio en la suscripción de los contratos para prestar servicios técnicos y profesionales.....	67
4.7. Sanciones por la no aplicación del convenio.....	70

CAPÍTULO V

5.	Tergiversación a disposiciones legales al no cumplirse con el convenio internacional del trabajo numero noventa y cuatro (94) con la suscripción de contratos de servicios técnicos y profesionales.....	71
5.1.	Consideraciones generales.....	71
5.2.	Principio de igualdad.....	76
5.3.	Principio Indubio-Pro-operario.....	76

CAPÍTULO VI

6.	Conflicto de las leyes que se aplican en la suscripción de los contratos y el convenio internacional del trabajo número 94.....	79
6.1.	Consideraciones generales.....	79
6.2.	Controversias jurídicas.....	80
6.3.	Jerarquía de las normas.....	83
	CONCLUSIONES.....	93
	RECOMENDACIONES.....	95
	BIBLIOGRAFÍA.....	97

INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas se encuentra el desarrollo de la investigación que se ha realizado con el objeto de establecer que en la República de Guatemala, no obstante existe el mandato constitucional que determina el principio de igualdad y preeminencia del Derecho Internacional sobre las leyes internas, es decir que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, lo anterior en concordancia con la jerarquía constitucional, que estipula que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de carácter constitucional y las que tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure; que las leyes laborales son tutelares para los trabajadores; que los derechos que se relacionan con el trabajo, constituyen garantías mínimas susceptibles de ser superadas, nunca disminuidas, se presentan situaciones que disminuyen, menoscaban y tergiversan tales derechos y esto se produce cuando se suscriben contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales, bajo una figura jurídica contractual sui generis, utilizándose para ello el renglón de gasto 029 (otras remuneraciones de personal temporal) del Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala, contenido en el Acuerdo Ministerial número 233-2000 del 29 de diciembre de 2000, lo cual provoca transgresiones al Convenio Internacional de Trabajo Número Noventa y Cuatro (94), que por la naturaleza del caso, merecen ser estudiadas, para encontrar sustentos jurídicos que permitan solucionar este tipo de problemas, en virtud que tienen incidencia en la misma Constitución Política de la República de Guatemala.

Una vez realizado el marco jurídico y doctrinario adecuado, se pretende determinar que las normas a aplicar en este tipo de contrataciones será el Convenio Internacional de Trabajo Número Noventa y Cuatro (94) de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a las cláusulas contractuales laborales que deben ser observadas por las autoridades públicas cuando celebren un contrato de prestación de servicios, ya sean éstos, técnicos o profesionales con particulares, por lo que siendo Guatemala signataria de dicho convenio, sus autoridades tienen la obligación de no

transgredir dicho convenio, ya que es ley positiva, vigente y de observancia obligatoria para cada Estado Parte, si tomamos en cuenta que el trabajo constituye un derecho humano de la persona.

De tal manera que, al presentar la investigación “**OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON EL CONVENIO INTERNACIONAL DE TRABAJO NÚMERO NOVENTA Y CUATRO (94), AL SUSCRIBIRSE CONTRATOS PARA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TÉCNICOS Y PROFESIONALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**”, se pretende determinar los mecanismos legales que permitan a los trabajadores contratados bajo este tipo de contratación, conocer las estipulaciones que lo conforman, con la finalidad de evitar desigualdad de condiciones en relación con los empleados contratados bajo otro renglón presupuestario.

La hipótesis formulada en la presente investigación es la siguiente: ¿Se debe adherírseles cláusulas que les garanticen derechos laborales atendiendo a lo que determina el Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94) a los contratos para la prestación de los servicios técnicos y profesionales en la administración pública?.

El elemento humano de la investigación lo constituyeron las personas contratadas para la prestación de servicios técnicos y profesionales en los Ministerios de Finanzas Públicas, Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda y de Salud Pública y Asistencia Social a partir del año 2006.

El marco teórico de la investigación consistió en las diferentes teorías, principios, doctrinas que sobre los temas y subtemas incluidos en el bosquejo preliminar que se consideraron para fundamentar el presente trabajo. En virtud de lo anterior es que el ponente se fundamentó en lo que han escrito los estudiosos de la materia laboral, constitucional y administrativa y otorgándole vital importancia a los conocimientos que se adquirieron de casos concretos.

Los objetivos trazados para la presente investigación fueron: Generales: a) Determinar que existen leyes que protegen a los empleados que son contratados para prestar servicios técnicos y/o profesionales; b) Descubrir que tipo de desventajas surgen para los citados empleado, al suscribir este tipo de contratos; y c) Buscar mecanismos legales para evitar que se siga trasgrediendo normas jurídicas en contra de los trabajadores públicos; Específicos: a) Sustentar jurídicamente que en Guatemala se viola el principio de igualdad contenido en la Constitución Política de la República de Guatemala; b) Proponer mecanismos legales para que las personas contratadas de esa forma presten sus servicios en igualdad de condiciones y c) Coadyuvar para que se aplique integralmente el Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94).

Los métodos empleados para el desarrollo de la investigación fueron: analítico, sintético, inductivo y el deductivo, utilizando además las técnicas de investigación: bibliográfica, documental, investigación de campo, entrevistas, fichas bibliográficas y fichas de trabajo, grabaciones magnetofónicas de las entrevistas.

Con el objeto de someter a comprobación la hipótesis formulada y poder alcanzar los objetivos propuestos, esta investigación está contenida en seis capítulos, mismos que se desarrollan en forma didáctica, con la pretensión de consolidar todos los argumentos necesarios para que sea coercitivo para el Estado de Guatemala, incluir las cláusulas tendentes a otorgar beneficios laborales para las personas que contrata para prestar servicios técnicos y profesionales en la administración pública. Por tal motivo el primer capítulo desarrolla básicamente lo relacionado con la esencia misma de los contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública, ejemplificando inclusive el modelo de un contrato de los que se suscriben para prestar servicios técnicos en este caso en el Ministerio de Finanzas Públicas. El segundo capítulo, hace diferencia entre los conceptos de salario y honorarios, es importante este capítulo porque en los contratos que se suscriben en el Estado con particulares para prestación de servicios técnicos y profesionales se indica que las personas contratadas para prestar estos servicios, no devengan salario sino

que honorarios, motivo por el cual se considera de suma importancia describir estos conceptos para determinar las diferencias que existen entre ambos.

El capítulo tres describe las distintas clases de servidores públicos, con énfasis en las regulaciones que al respecto prescribe la Ley de Servicio Civil, como la ley que regula las relaciones entre el Estado y sus trabajadores, así como la definición de lo que constituye el manual de clasificaciones presupuestarias para el sector público de Guatemala, como un instrumento que define los renglones presupuestarios aplicables para el efecto de pago de salarios en la administración pública. El capítulo cuatro describe lo que es un convenio internacional del trabajo, el procedimiento para la elaboración de estos convenios en la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, y principalmente el desarrollo del Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94), que es el basamento legal para la aplicación de normativas o disposiciones aplicables a los contratos a que se refiere la investigación y las posibles sanciones por la no aplicación de estos preceptos legales.

El capítulo quinto desarrolla temas muy interesantes que se constituyen en fundamentales para el caso, toda vez que en éste se describe la tergiversación a las disposiciones legales cuando no se cumple con el Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94), ya que con ello se transgreden principios constitucionales que son inviolables para los trabajadores y que por el simple hecho de su tergiversación es imperativo la aplicación de medidas correctivas para quien las incumple y, finalmente, en el capítulo seis, se explica el conflicto de las leyes que se aplican en la suscripción de los contratos y el Convenio Internacional ya citado, sus consideraciones generales con observancia de la jerarquía de las normas como fundamento primordial para su elemental aplicación.

Consciente que el presente tema en la actualidad es de mucha resonancia, dado a las críticas que se dan a esta modalidad de contratación, atípica y a veces hasta con políticos, se considera que pueda resultar de mucho valor, tanto para quienes se consideren afectados como para los profesionales y estudiosos del derecho.

CAPÍTULO I

1. Del contrato para la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública

1.1. Antecedentes

La crisis social y económica que agobia al país, provocada entre otros factores por la falta de fuentes de empleo, ha obligado a que Profesionales y Técnicos, carezcan de ingresos que les permitan subsistir en forma decorosa y a aceptar las condiciones bajo las cuales son contratados por el Sector Público, bajo la modalidad del Contrato para la Prestación de Servicios Técnicos y Profesionales, con cargo al renglón presupuestario 029 (Otras remuneraciones de personal temporal) del Manual de Clasificaciones Presupuestarias, para el Sector Público de Guatemala, que origina una total desigualdad de condiciones en relación con los empleados contratados bajo otro renglón presupuestario.

Al revisarse el formato de los contratos que se suscriben para la prestación de servicios técnicos y profesionales, se puede establecer concretamente que estos vienen a constituirse en un tipo de Contrato Leonino o bien una clase de Contrato de Adhesión, si atendemos la definición que el Tratadista Manuel Ossorio en su Diccionario Jurídico, hace al respecto, al decir que Contrato Leonino es, “El que una de las partes se reserva un beneficio desproporcionado notarialmente desigual con respecto a la otra parte”,¹ (las negrillas no son del texto original). Es evidente que el Estado obtiene un beneficio mayor, por cuanto que únicamente paga a la persona que ha contratado, los honorarios que se pactan, no así los derechos que la Constitución Política de la República de Guatemala y el referido Convenio Internacional de Trabajo Número 94 de la Organización Internacional del Trabajo, les otorga a todo trabajador.

¹ Ossorio Manuel, **Diccionario jurídico**, pág. 35

El Ministerio de Finanzas Públicas, la Contraloría General de Cuentas y la Oficina Nacional de Servicio Civil, emitieron la Circular Conjunta el 2 de enero de 1997 con el objeto de regular y reglamentar los contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales, en ese sentido la Norma VIII, de dicha circular preceptúa que **“Las personas contratadas con cargo al renglón presupuestario mencionado, no tienen el carácter de "servidores públicos" de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 4o. de Ley de Servicio Civil,** por lo que debe quedar claramente estipulado en el contrato respectivo que dichas personas no tienen derecho a ninguna de las prestaciones de carácter laboral que la Ley otorga a los servidores públicos, tales como: la indemnización, vacaciones, aguinaldo, bonificaciones, pago de tiempo extraordinario, licencias, permisos, etc.; además, no se les hará ningún descuento para el Fondo de las Clases Pasivas Civiles del Estado, del Instituto Guatemalteco de seguridad Social, ni el descuento, a que se refiere el Decreto Número 81-70 del Congreso de la República, exceptuándose las retenciones ordenadas por los tribunales de justicia, no estando en consecuencia amparadas por ninguna de las estipulaciones contenidas en el ordenamiento jurídico laboral de la república de Guatemala. No obstante lo anterior, las personas contratadas, además de las retribuciones pactadas por sus servicios, tienen derecho a que se les pague los gastos en que incurran, cuando por motivo de los servicios prestados, tengan que trasladarse al interior o exterior del país, de conformidad con lo que estipula el artículo 2029 del Código Civil.

Al observar las estipulaciones de la mencionada circular conjunta, se establece fehacientemente que desde todo punto de vista resultan disposiciones totalmente arbitrarias, incongruentes con la realidad de la situación laboral de cualquier trabajador, lo que representa claramente violaciones constitucionales. No obstante lo anterior, cabe mencionar que al consultar la Ley de Servicio Civil, define al servidor público como la persona individual que ocupa un puesto en la Administración Pública en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual queda obligada a prestarle sus servicios o a ejecutarle una obra personalmente a cambio de un salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia Administración Pública. Esta disposición legal contiene varias aristas que valen

la pena reflexionar. En primer lugar, es requisito indispensable que la persona ocupe un puesto en la administración pública, que para el efecto debe existir o mediar un nombramiento, a falta de este un Contrato, por medio del cual se obligue al funcionario o empleado público a prestar servicios o ejecutar obras, y finalmente que sea bajo la dependencia continuada de la propia administración pública. Aquí podemos establecer que se presentan todas las condiciones necesarias para que en un momento determinado exista contradicción entre la citada Circular y la Ley de Servicio Civil, porque la primera de las mencionadas, establece que las personas contratadas para prestar servicios técnicos y profesionales no tienen la calidad de servidores públicos, sin embargo al hacer una desagregación de los componentes del concepto de servidor público, pareciera ser que dichas personas reúnen los requisitos para ser tratados como tal, si tomamos en cuenta que existe un contrato mediante el cual la persona contratada queda obligada a prestar servicios, en la mayoría de casos, si bien en cierto los contratos se suscriben por un tiempo determinado, la experiencia ha demostrado que se mantiene una relación continuada en la prestación de los servicios, resultando en ese sentido únicamente la diferencia en el caso que en los contratos se expresa que el contratado devengará “**HONORARIOS**”, por lo que ante esta disyuntiva en el desarrollo de la investigación se hará un estudio si existen diferencias entre los conceptos **SALARIO y HONORARIOS**.

La citada circular conjunta representa violaciones a los más elementales derechos laborales de los trabajadores, toda vez que en ningún momento un instrumento administrativo de esta índole puede ser superior a los principios constitucionales que nuestra Carta Magna establece, ni al Convenio Internacional del Trabajo que he mencionado, porque al recalcar que la misma Constitución en su artículo 46, preceptúa que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno, es esa virtud es pertinente que la Jerarquía Constitucional sea aplicable en estos casos. En ese sentido, al constituirse el derecho al trabajo como parte de los derechos humanos de los individuos, es aplicable el principio mencionado, por lo tanto al tomar en consideración que no han existido investigaciones sobre este caso en particular, se hace imprescindible el involucrarse en un trabajo investigativo

que nos permita encontrar los mecanismos legales que por imperativo normativo obligue a las Instituciones del Gobierno Central que al momento de suscribir Contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales, cumplan con otorgar a los trabajadores contratados bajo esta forma, los derechos laborales mínimos que se otorgan para los demás empleados del sector público, ya que desempeñan en muchos casos las mismas funciones pero en condiciones totalmente distintas.

Al realizar un trabajo investigativo en la propia fuente de información es decir en los Ministerios de Estado, podrá comprobarse que en un 90% las funciones que desempeñan los contratados, son similares a las que realiza el personal permanente, por cuanto que tienen los mismos, son sujetos de deberes y obligaciones, con el agregado que solamente unos deben cumplir con las obligaciones tributarias que por mandato legal les asisten. En el ámbito judicial, existen antecedentes en los Tribunales de Trabajo cuando han emitido sentencias en las que le confieren la calidad de servidor público a las personas contratadas por este sistema y se ha ordenado el pago de prestaciones que según la a las cuales la circular conjunta señala que no tienen derecho.

La suscripción para la prestación de servicios técnicos y profesionales, en principio, surge como una necesidad, de contar con un sistema de contratación de personal en forma inmediata, sin embargo, en determinados momentos políticos vividos en la República de Guatemala, se hizo un uso indiscriminado de esta forma de contratación de personal, en tal sentido, dentro del Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de la República de Guatemala, dentro del "Grupo 0", que es el instrumento legal que utilizan las dependencias de la administración central, y las entidades descentralizadas y autónomas, se incluyó el renglón presupuestario 029 (Otras remuneraciones de personal temporal), con la finalidad de aprovechar este tipo de contrato que se encuentra exento de los procesos de cotización y licitación contenidos en el Artículo 44 numeral 2, subnumeral 2.2, del Decreto número 52-97, Ley de Contrataciones del Estado.

En tal virtud, se tomó en cuenta la viabilidad y facilidad, para su contratación, toda vez que a través del Manual de Puestos y Salarios, la Oficina Nacional de Servicio Civil como ente rector del recurso humano en el Estado, fija los requisitos mínimos que deben cumplir las personas que pretenden obtener una plaza en la Administración Pública, constituyéndose los mismos en retardo para su contratación, por lo que el Estado al encontrarse ante la urgencia de desarrollar programas preestablecidos, implementó los contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales, situación que se facilita con la suscripción de los respectivos contratos, sin llenar los requisitos o perfiles establecidos por la Oficina Nacional de Servicio Civil.

Es evidente que la persona contratada bajo este sistema, se encuentra en desigualdad de condiciones, no solamente ante su patrono, sino que también ante el resto de trabajadores de la Administración Pública, porque está limitado a percibir únicamente sus honorarios, no obtiene ningún otro beneficio adicional, careciendo de la atención de los servicios prestados por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, sin calificar para optar al Régimen de Clases Pasivas del Estado, no percibe la bonificación anual, indemnización, no se le otorgan vacaciones, ni aguinaldo, sin derecho al pago por laborar en horario extraordinario, licencias, así como a todas las demás prestaciones que si reciben los demás servidores públicos, en consecuencia su condición es inferior ya que únicamente percibe sus honorarios² y esta situación además es contraria a lo que el artículo 44 Constitucional establece, por cuanto que el mismo indica que: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El Interés social prevalece sobre el interés particular. Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

² Mustapich, José María, **Tratado práctico de derecho notarial** . pág. 152

1.2. Generalidades

Como puede advertirse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato que se suscribe con personas individuales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas individuales, en teoría sólo pueden suscribirse en el caso que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores. “Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción.”³ Es claro, entonces, que el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones laborales por tratarse de un contrato sui-géneris y no de una relación laboral, tal como se encuentra conceptualizado en el mismo contrato, en la Ley que aprueba el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado y la circular conjunta que ya se indicó en la presente investigación y otros instrumentos administrativos.

Debe tenerse en cuenta que los contratos de prestación de servicios, tienen por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. “En cambio, si no es para la prestación de tales servicios, ya se incurre en otro tipo de contrato que pudiera ser de carácter civil o mercantil. De esto se infiere que si los contratos no se suscriben para la prestación de servicios técnicos y profesionales, se infringen normas, pues mientras éstos giran en torno a actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad”,⁴

³ Ferrer López Miguel. **Casos prácticos sobre el contrato de trabajo**, . pág. 45

⁴ Ibid, pág. 65

coadyuvan a que la entidad que lo contrata, cumpla con las metas y objetivos que se proponen alcanzar para cada ejercicio fiscal, a pesar de las dificultades que conlleva para el contratista el desarrollo de sus actividades bajo esas condiciones en desigualdad de derechos, son partícipes del avance en los proyectos plasmados en los respectivos planes operativos anuales formulados para el efectivo y estricto cumplimiento de éste en función de las actividades que por mandato legal le corresponden desarrollar a la referida entidad de que se trate.

Es imperativo tener en cuenta el caso de aquellas personas que contratan con el Estado pero sin asumir el ejercicio de funciones públicas, dado que solamente en determinados casos la ejecución de un contrato implica su ejercicio en cuanto se asuman prerrogativas propias del poder público. Esto por cuanto el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares, en tanto que la función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan en general ejercicio de la autoridad inherente del Estado. “De ahí que solamente en el caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que éste cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública”.⁵ De este modo, el marco de configuración del incumplimiento a las normas que lo regulan no está determinado por todo el ámbito de los contratos de prestación de servicios sino únicamente por aquellos cuyo objeto involucre el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, es decir, ejercicio de potestad pública o autoridad estatal.

Con salirse del contexto verdadero en el ejercicio de las funciones propias de la prestación de los servicios con ocasión del cual se incurre en la falta. Tal irregularidad consiste en hacer girar el objeto del contrato en torno a funciones que requieran dedicación de tiempo completo, pues con tal ingrediente se desvirtúa su índole del contrato objeto del estudio para imprimirle el carácter de una relación laboral, y esto es

⁵ Bodernheimen, Edgar, **Teoría del derecho**, pág. 75

lo que sucede en Guatemala, por cuanto que a las personas que se les contrata con cargo al renglón presupuestario 029, que es el que se utiliza para la contratación de estas personas, superan el límite de lo que se establece en este capítulo, ya que tácitamente prestan sus servicios en relación de dependencia, aunque las Autoridades no lo quieran admitir.

Ello es así por cuanto si la persona que ha suscrito el contrato de prestación de servicios tiene que cumplir funciones que requieren dedicación de tiempo completo, al contratista se le está exigiendo dedicación exclusiva para el cumplimiento del objeto de ese contrato. No obstante, tal exclusividad es contraria a la índole del contrato de prestación de servicios pues éste no implica un límite a la autonomía del contratista.

Una de las características fundamentales del contrato de prestación de servicios supone la independencia del contratista. Éste no se encuentra subordinado a la administración, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato suscrito, en teoría este es un elemento que lo hace diferente a otra clase de contratos, pero en la realidad no es así, porque éstas personas si están sujetos a un horario definido, por lo que no existe la independencia señalada. Por ello, un contrato de prestación de servicios que gire en torno a un objeto que implique la subordinación del contratista a la administración no es en definitiva un contrato de esa índole sino una relación laboral, es por eso que la Corte de Constitucionalidad ha emitido sentencias favorables a los trabajadores que prestan sus servicios bajo este sistema, ya que presentan toda una serie de argumentos que sustentan su teoría, al demostrar que han prestado sus servicios bajo la subordinación supeditada a una autoridad administrativa superior.

Es necesario indicar que la prohibición en la suscripción de contratos para la prestación de servicios en las condiciones indicadas no opera cuando la ley excepcionalmente habilite la celebración de tales contratos aún en esas condiciones pues bien puede ocurrir que exista una justificación para proceder de esa manera. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los docentes, directivos docentes y personal administrativo que se encontraban contratados por departamentos y municipios por

órdenes de prestación de servicios y que por disposición de la ley, deben ser vinculados de manera provisional a las plantas de personal docente de las entidades territoriales siempre que, entre otras cosas, su dedicación haya sido de tiempo completo. En este caso existe una justificación razonable pues se ha alterado la índole del contrato de prestación de servicios con el propósito de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de educación y se lo ha hecho únicamente de manera transitoria hasta tanto ese servicio sea asumido permanentemente por las entidades territoriales, es decir cuando ya se nombra al personal docente con fundamento en la Ley de Servicio Civil, cumpliendo para ello con todos los requisitos que exige esta ley, sin embargo, en nuestro país, con la implementación de las Juntas Escolares dejan en libertad para elegir a los Maestros que prestarán sus servicios docentes. En supuestos como estos, excepcionalmente autorizados por la ley, puede haber lugar a la suscripción de contratos de prestación de servicios bajo circunstancias especiales pero dado que se trata del cumplimiento de una disposición legal y no del abuso de una figura contractual en que incurre un servidor público, no puede imputarse incumplimiento legal alguno o que se está tergiversando la Ley de Contrataciones del Estado.

Como puede advertirse, el relacionado incumplimiento no está determinado por la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios sino por el desconocimiento de la normatividad relativa a la contratación estatal, a la función pública y al régimen laboral de los servidores públicos y por la consecuente generación de relaciones laborales irregulares,⁶ de tratamientos laborales diferenciados y de cuantiosas demandas y condenas contra El Estado.

Al suscribir contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, en forma permanente y bajo condiciones de subordinación y dependencia pues estas circunstancias son ajenas a su naturaleza de contrato para la prestación de servicios técnicos y profesionales, porque la citada circular conjunta, no supedita la prestación de tales servicios bajo condiciones de

⁶Molero Manglano, **Carlos, Estructura del Contrato de Trabajo**, pág. 18

subordinación, o bajo la dependencia continuada de la administración; eso es en la teoría, no obstante en la práctica como se ha indicado, es todo lo contrario, es por lo tanto un argumento valedero al indicar que estas son circunstancias ajenas a la naturaleza del contrato, tal y como lo pretende regularizar la circular mencionada, se incurre en este caso en lo que comúnmente denominamos interpretación a la letra muestra de disposiciones legales, cuando en la práctica sucede todo lo contrario. De la sola lectura de la disposición se infiere que ése y no otro es el alcance de la prohibición que involucra y ante ello no puede afirmarse que exista incertidumbre en cuanto al tipo de contrato a que se refiere la presente investigación.

Debido a que el contrato de prestación de servicios se suscribe con el objeto de que sean atendidas actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de las entidades públicas, en muchas ocasiones la administración ha hecho uso de esa figura para encubrir verdaderas relaciones de trabajo y reducir los costos que representa la vinculación permanente de personal, en virtud que este tipo de contratos, no genera obligatoriedad de pago de indemnización, tiempo extraordinario, vacaciones, aguinaldo, licencias, adopción al régimen de seguridad social y clases pasivas civiles de El Estado y demás prestaciones a que tienen derecho los trabajadores permanentes, al decir trabajadores permanente en adelante se desarrollará un capítulo que tiene vinculación con este tipo de trabajadores a quienes regularmente se les denomina servidores públicos, contratados al tenor de la Ley de Servicio Civil, bajo cualesquiera de sus condiciones, por oposición, sin oposición y exento, que se describen en esta investigación. En congruencia con las distintas formas de contratación que establece la referida ley, se hace imprescindible comprender que cada una de ellas representa un costo para El Estado, lo cual se refleja siempre en el presupuesto de funcionamiento de las distintas entidades del sector público, aún cuando los puestos vacantes, éstos generan una obligación de pago que se denomina economías del grupo "0", porque consiste en al puesto se le asigna el estipendio que corresponde a la plaza y que posteriormente puede ser utilizado para otro tipo de gastos, conforme lo disponga la ley que aprueba el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para cada Ejercicio Fiscal.

En reiteradas ocasiones se pretende calificar la suscripción de los contratos para la prestación de servicios que desvirtúan su naturaleza, con el único propósito como se ha señalado de ocultar verdaderas relaciones laborales con derechos y obligaciones, pero se hace con el objeto de limitar los derechos de los trabajadores y aplicando el Convenio Internacional número 94, constituye una herramienta efectiva para combatir esa clase de prácticas y prevenir la violación de los derechos de las personas que puedan ser afectadas con esa clase de contratos, siempre y cuando exista el conocimiento y la objetividad de quienes aplican la justicia laboral, para implementar éste convenio cuando se les presenten las demandas respectivas, porque existe una total desprotección al trabajador, que puede ser despedido sin causa justificada, a veces únicamente porque la Autoridad coloca u otorga ese contrato a otra persona, por compromisos políticos, de amistad, compadrazgos o cualquier otra forma, sin importar que a la persona que le están vedando su derecho al trabajo sea eficiente en el cumplimiento de las actividades que se le señalan en el contrato suscrito para el efecto.

El contrato de prestación de servicios, como figura excepcional, busca otorgar a la administración una forma para atender situaciones especiales. La Autoridad Nominadora de cualquier Ministerio o entidad puede recurrir a esa figura supuestamente cuando dentro de la racionalidad administrativa sea justificado. Por ello, al momento de evaluar la pertinencia o no de la celebración de ese tipo de contratos deberá analizarse si la entidad ha realizado una eficiente gestión administrativa en diversos aspectos pues una ineficiente gestión no puede justificar la utilización de tales contratos, a pesar que como se ha indicado, en distintas entidades de El Estado se hace un uso indiscriminado de este tipo de contratos violatorios a los trabajadores, quienes aceptan esas condiciones dado la necesidad de contar con un estipendio que por lo menos les permita percibir mensualmente cierta cantidad de dinero.

Múltiples disposiciones legales permiten apreciar el incumplimiento a las estipulaciones del Convenio objeto de estudio, lo que conlleva a determinar que el contratista, no importando los medios en los cuales se desempeñe la persona

contratada lo único que busca es lograr un Estado racional en el que la idoneidad y profesionalización de los funcionarios al servicio de la administración, garantice el cumplimiento de los objetivos estatales, es decir que en el contrato que suscriben se les fijan las actividades que deben desarrollar, sean éstas de carácter técnico o profesional, con el objeto que la Administración pueda cumplir con los fines, objetivos o funciones que legalmente le competen desarrollar de acuerdo al Decreto 114-97 del Congreso de la República, Ley del Organismo Ejecutivo, o bien si se trata de entidades descentralizadas o autónomas, lo que regula su propia ley creación.

Se estructura a partir de la suscripción de contratos de prestación de servicios que desfiguren su naturaleza como contrato administrativo, convirtiéndolo en un contrato de trabajo, al verificarse en la realización del mismo los elementos sustanciales de la relación laboral consagrados en el Código de Trabajo.

La utilización antijurídica del contrato de prestación de servicios, contraría la Constitución Política en múltiples dimensiones: el régimen contractual, el régimen laboral general y administrativo, los principios de la función administrativa, el régimen presupuestario y el régimen de responsabilidad del funcionario público. Por ello, cualquier figura que se utilice para desconocer los derechos de los trabajadores y los procedimientos constitucionales y legales de vinculación de personal a la administración pública debe ser rechazada, proscrita y sancionada, debiendo para el efecto el trabajador interesado acudir a las instancias legales correspondientes, sustentando sus argumentos en los hechos generadores del contrato, tal como se ha demostrado en las distintas demandas planteadas ante los tribunales de trabajo donde El Estado ha sido condenado al pago de indemnizaciones e inclusive se ha conminado a reinstalar a quienes demandan al Estado.

Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales, es una situación que se enmarca como una violación al Convenio

Internacional del Trabajo ya identificado y del cual Guatemala es signatario, por lo tanto, las personas que se rigen bajo este sistema, deben estar concientes que existe una norma de carácter internacional, que prevalece sobre el derecho interno y les permite hacer valer sus derechos sobre el particular.

Para el contratista, el incumplimiento al relacionado Convenio vulnera múltiples disposiciones de la Constitución Política y demás leyes laborales, fundamentalmente por tres razones: por desconocer el principio de legalidad; porque automáticamente no obstante pretender no darle la categoría de trabajador permanente, las acciones que realiza el contratista, lo sitúan dentro del ámbito de un servidor público; y por discriminar injustificadamente a las entidades estatales, las que, a diferencia de las entidades privadas, no tendrán mayor libertad para adoptar medidas encaminadas a la prestación de servicios a su cargo, viéndose obligadas a ensanchar su planta de personal y, por esa vía, a incrementar gastos de funcionamiento y reducir gastos de inversión.

En muchas ocasiones la administración ha hecho uso del contrato de prestación de servicios para encubrir verdaderas relaciones de trabajo y generar así una nómina paralela con personal vinculado sin agotar el trámite previsto en la Constitución Política y demás leyes de la materia. Se trata por tanto, de un elemento que constituye una herramienta efectiva para combatir esa clase de prácticas, para prevenir el desconocimiento de la regulación de la vinculación de personal público y para proteger los derechos de las personas afectadas con esa clase de contratos.

Este contrato es una de las alternativas con las que cuenta la administración para la realización de los fines que le son inherentes por mandato legal y para cumplir con los objetivos que tiene el Estado en los diferentes ámbitos o esferas de la vida de sus habitantes; en virtud que los contratos de prestación de servicios que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando

dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.

Como puede advertirse, el contrato de prestación de servicios es una modalidad de contrato que se suscribe con personas naturales o jurídicas con el objeto de realizar actividades desarrolladas con la administración o funcionamiento de una entidad pública pero tratándose de personas naturales, sólo puede suscribirse en el evento que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en esa entidad o en caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores.

Se trata de un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva, pues si esto es posible y en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender la necesidad, no hay lugar a su suscripción. De este modo, el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que resulta claramente diferenciable del contrato de trabajo que tienen o los nombramientos contenidos en la Ley de Servicio Civil, bajo cualesquiera de sus formas de contratación.

La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley.

La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el

contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado, no puede ir más allá de un ejercicio fiscal y es indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido, de conformidad con la Ley que emite el Congreso de la República de Guatemala, por medio del cual cada año aprueba el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, en donde existe un artículo destinado a reglamentar la utilización del renglón presupuestario 029. Teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el contrato y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste, quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto que lo regula y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones laborales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Es claro, entonces, que el contrato de prestación de servicios es un contrato que tiene como objeto una obligación de hacer, que se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista, que tiene una vigencia temporal y que no genera prestaciones sociales por tratarse de un contrato estatal y no de una relación laboral, a criterio de la administración pública, pero como se ha expresado, estos aspectos

contravienen totalmente disposiciones constitucionales, por la preeminencia de los tratados internacionales debidamente ratificados por Guatemala. Como se aprecia, no existe una ley ordinaria que regule concreta y detalladamente el contrato de prestación de servicios y se basa en disposiciones contenidas en una circular conjunta emitida por el Ministerio de Finanzas Públicas, Contraloría General de Cuentas y Oficina Nacional de Servicio Civil, la relacionada Circular fue modificada el 2 de enero de 1997 la siguiente forma: se reforma la Norma II de dicha circular la cual queda así: “En el texto de cada contrato suscrito, deberá indicarse, que los servicios contratados son de carácter técnico o profesional según el caso, haciendo una descripción detallada del objeto del contrato. Además que el acto contractual no crea relación laboral entre las partes, por cuanto que la retribución acordada por los servicios no es para ningún puesto, empleo o cargo público, en concordancia a lo previsto por los Artículos 2027 y 2008 del Código Civil, Decreto Ley No. 106 y han sido emitidas disposiciones por parte de la Contraloría General de Cuentas, por medio de las cuales limitan aún más el actuar de las personas que se contratan bajo esta modalidad”.

La generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios, involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal, pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones laborales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Manual de Clasificación de Puestos y Salarios); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Ley de Servicio Civil y su reglamento; el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los aspirantes, es decir que deben cumplir con los perfiles necesarios para cada puesto, dependiendo la especialidad del mismo.

Cuando se suscribe un contrato de prestación de servicios, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestaciones con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores, al tenor de las estipulaciones contenidas en el Convenio Internacional de mérito, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas de dinero que son ordenadas por parte de los órganos competentes.

Derivado de lo anteriormente expuesto, se ha llegado a determinar que la administración no está legalmente autorizada para celebrar un contrato de prestación de servicios que en su formación o en su ejecución exhiba las notas de un contrato de trabajo, aunque se pretenda darle una connotación diferente a lo que es un servidor público o trabajador permanente. De crearse un acto semejante o de producirse su mutación en ese sentido, se ingresa en el campo de la patología de este típico contrato administrativo y en la ilegalidad de la correspondiente actuación o práctica administrativa, sin perjuicio de los derechos y garantías del trabajo que aun bajo este supuesto haya podido realizarse, tomando en cuenta la flagrante violación a preceptos constitucionales, que van en detrimento de los trabajadores contratados.

1.3. Las condiciones para que se de este tipo de contrato

Las condiciones para que se produzca este tipo de contratación, son las siguientes.

1.3.1 Que el sujeto celebre un contrato de prestación de servicios

En este punto debe quedar claro que la sola suscripción de un contrato de prestación de servicios no agota la falta, pues ninguna irregularidad puede advertirse en el proceder de quien con estricto apego al ordenamiento jurídico, suscribe uno de aquellos contratos estatales permitidos y reglamentados por El Estado. De allí que este

primer presupuesto es básico para el contratista, desde el momento que suscribe el Contrato respectivo, porque a partir de allí, es sujeto de todos los derechos y obligaciones que tienen los demás trabajadores que están catalogados como permanentes.

1.3.2 Que el objeto del contrato sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas.

No merece mayor explicación esta condición, porque precisamente la persona contratada, es para el cumplimiento de la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública, debe tenerse en cuenta que éstos contratos, tienen por objeto el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad. De esto se infiere que, éstos contratos giran en torno a actividades relacionadas con la administración o el funcionamiento de la entidad, o sea el cumplimiento de una función pública encomendada por la autoridad superior de la entidad que contrata a la persona bajo la premisa que sus actividades están enmarcadas en un instrumento legal como lo es el contrato respectivo, remitiendo por lo tanto, al amplio espectro del servicio público, porque es quien tácitamente va dirigida la actividad, como por ejemplo maestros, médicos, técnicos en informática, asesores, y demás técnicos y profesionales prestatarios del servicio.

Además, estos contratos deben sujetarse a las condiciones fijadas por la Ley de Contrataciones del Estado y la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de funciones administrativas por particulares pues a través de ese tipo de actos no se puede llegar a desplazar la organización permanente de la administración pública, son coadyuvantes al desarrollo de la misma, no es que se esté desplazando porque el contratista depende precisamente de la administración pública, tanto en el pago de sus honorarios como en las funciones que ésta la asigna y que se sujeta a la disponibilidad financiera de el Estado, porque como se determina en la ley que aprueba para cada año el presupuesto general de ingresos y egresos de El Estado, no puede incrementarse el renglón presupuestario 029 (otras remuneraciones para el personal

temporal), por lo tanto las entidades deben ser bien cuidadosas en ese sentido de presupuestar lo que estiman ejecutarán en su presupuesto de egresos para cada año, porque como a criterio de ellos no genera pasivo laboral ni otras prestaciones, se concretan únicamente a lo que corresponde como pago de honorarios, aspecto atípico porque si se considerara la aplicación del Convenio que se estudia, este renglón no debe ser motivo de una limitación para su ampliación en los presupuestos de egresos.

1.3.3 Que esas funciones no requieren dedicación de tiempo completo.

Este elemento es importante porque las funciones que realizan las personas que prestan sus servicios, no deben permanecer a tiempo completo en sus puestos de trabajo, más sin embargo, la costumbre ha demostrado que éstos si son obligados a estar en sus lugares de trabajo, lo cual lleva implícito la ilegalidad en que incurre la Administración Pública. “Tal irregularidad consiste en hacer girar el objeto del contrato en torno a funciones que requieran dedicación de tiempo completo, pues con tal ingrediente se desvirtúa su índole de contrato estatal para imprimirle el carácter de una relación laboral”.⁷ Ello es así por cuanto si la persona natural que ha suscrito el contrato de prestación de servicios tiene que cumplir funciones que requieren dedicación de tiempo completo, al contratista se le está exigiendo dedicación exclusiva para el cumplimiento del objeto de ese contrato. No obstante, tal exclusividad es contraria a la índole del contrato de prestación de servicios pues éste no implica un límite a la autonomía del contratista.

1.3.4 Que esas funciones impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista.

Una de las características fundamentales del contrato de prestación de servicios es la independencia del contratista. Éste no se encuentra subordinado a la administración, ni ve tampoco limitada su voluntad con ocasión del contrato suscrito, se circunscribe a desarrollar las actividades que se encuentran estipuladas en el contrato

⁷ Peniche Bolio, **Introducción al derecho**, pág. 102

que se suscribe con la Autoridad competente. Por ello, un contrato de prestación de servicios que gire en torno a un objeto que implique la subordinación del contratista a la administración no es en verdad, sino que un contrato de esa índole se constituye en una relación laboral, que genera derechos y obligaciones, por lo tanto tal y como se desarrolla la prestación de servicios técnicos y profesionales, es todo lo contrario no existe limitación a la voluntad de la persona contratada, no hay autonomía de la voluntad, existe subordinación respecto al actuar del contratista quien debe atender las distintas órdenes que le emite o gira quien funge como su Jefe Inmediato.

1.3.5 Que no se trate de una excepción legal.

Este presupuesto debe analizarse con detenimiento pues parecería contradictorio, al menos en principio, que los contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen la subordinación del contratista o que la contratación resulte de una excepción de carácter legal por la cual el contratado deba por regla general cumplir con ciertos requisitos y, al mismo tiempo, prevea que no se tipifica cuando la autoridad permita que se suscriban contratos de prestación de servicios sujetos a tales cláusulas. Por lo menos cabría cuestionarse por los eventos en los cuales, permite la suscripción anormal de ese tipo de contratos y despoja su celebración de una excepción legal.

En supuestos como estos, excepcionalmente autorizados por la ley, puede haber lugar a la suscripción de contratos de prestación de servicios bajo circunstancias especiales pero dado que se trata del cumplimiento de una disposición legal y no del abuso de una figura contractual en que incurre un servidor público, siempre debe tomarse en cuenta lo que genera el contrato, o sea derechos contenidos en el citado Convenio.

Siguiendo con el tema objeto del estudio, luego de haber consignado las condiciones que se producen para este tipo de contratación, como puede advertirse, la

sola suscripción de un contrato de prestación de servicios, lleva implícito toda una serie de aspectos que deben tomarse en cuenta porque la función pública y el régimen laboral de los servidores públicos, está ya debidamente reglamentado y cuando concurren los presupuestos de subordinación que ya se han citado, se producen relaciones laborales irregulares, en las cuales el contratista ha acudido a los Tribunales de Trabajo y Previsión Social y en última instancia a la Corte Constitucional, como órgano máximo de la justicia guatemalteca, logrando obtener sentencias favorables y como consecuencia el pago de lo demandado y la condena en contra de El Estado, que no obstante ya tener esos antecedentes sigue con esa práctica de emitir instrumentos de carácter violatorio en contra de los contratistas, cuando lo más viable es respetar las normas de carácter internacional que reiteradamente se indica prevalecen sobre normas internas, pero no basta con ello, es por eso que en las conclusiones y recomendaciones se establecerán parámetros que pueden en determinado momento permitir al trabajador no dejar que se vulneren sus derechos.

Si los contratos de prestación de servicios constituyen un instrumento legítimo al que puede acudir la administración para la realización de sus fines, su sola celebración constituye un fundamento real y evidente a favor del trabajador para hacer valer sus derechos que le confiere el Convenio Internacional citado. Además no puede perderse de vista el ámbito de aplicación del Convenio referido. En todo caso, no debe perderse de vista que la finalidad del contrato es evitar la suscripción indiscriminada de los mismos, desconociendo su índole de contrato estatal para encubrir relaciones laborales que, ignorando los procedimientos legítimos de acceso a la función pública, generan nóminas paralelas y lesionan los derechos de trabajadores.

En ese sentido, bien puede ocurrir que la administración celebre un contrato con un contratista que se obligue a prestar servicios como los de aseo, cafetería o vigilancia, caso en el cual las obligaciones laborales recaerán sobre el contratista en relación con los trabajadores que él utilice y no sobre la administración, contando ésta incluso con la seguridad que le brinda la garantía única que ampara a los contratos estatales. También puede acaecer que tales contratos se suscriban para la prestación

de servicios profesionales externos, generalmente por parte de profesionales altamente especializados con los que se celebran estos contratos, eventos en los cuales se mantienen la independencia y autonomía que caracterizan a los contratos de prestación de servicios.

En supuestos como los indicados no concurren argumentos para afirmar la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos que celebran tales contratos pues ni se trata de servicios que involucren dedicación de tiempo completo ni se subordina al contratista. Pero si la administración celebra contratos de prestación de servicios y lo hace directamente con las personas que van a prestar el servicio o suscribe contratos para la prestación de servicios profesionales especializados y en todos esos casos exige dedicación de tiempo completo y subordina a los contratistas, o si suscribe contratos de prestación de servicios para atender asuntos administrativos y lo hace por más del tiempo necesario para ampliar la planta de personal, es evidente que ese contrato se desnaturaliza y se generan irregularmente relaciones laborales que resultan traumáticas para la administración.

Es importante de igual manera expresar que la apariencia de un contrato de prestación de servicios y en el ámbito de contratación genera una relación laboral pues ese es el proceder que resulta contrario a las exigencias constitucionales y legales referidas a la contratación estatal, al régimen laboral y al régimen presupuestario de las entidades públicas.

Se han suscitado problemas en cuanto a un diferenciado injustificado de las entidades públicas por el hecho de no permitirles a aquellas suscribir contratos de prestación de servicios en una área como la de salud, cuando los particulares sí pueden hacerlo. Ello es así porque en todos aquellos eventos en que bajo la forma de cualquier acto jurídico se encubra una relación laboral, habrá lugar a que se produzcan los efectos salariales y prestaciones dispuestos por la ley. El contrato de prestación de servicios, como figura excepcional, busca otorgar a la administración una herramienta para atender situaciones especiales.

Múltiples disposiciones constitucionales permiten apreciar el celo del constituyente en relación con la función pública con el fin de lograr un Estado racional en el que la idoneidad y profesionalización de los funcionarios al servicio de la administración, garantice el cumplimiento de los cometidos estatales. Estos contratos en todas las dimensiones, son contrarios a la Carta Magna, porque el régimen contractual, el régimen laboral general y administrativo, los principios de la función administrativa, el régimen presupuestario y el régimen de responsabilidad del funcionario público, se tergiversan al tomar en cuenta que no se acatan los beneficios que se otorgan a las personas que se contratan con cargo al renglón de mérito.

Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales. Para la persona contratada, se vulneran múltiples disposiciones de la Carta Magna, fundamentalmente por tres razones: por desconocer el principio de legalidad; por consagrar en un documento simple, la tergiversación, disminución y menoscabo de derechos laborales y por discriminar injustificadamente a las entidades estatales, las que a diferencia de las entidades privadas, no tendrán mayor libertad para adoptar medidas encaminadas a la prestación de servicios a su cargo, viéndose obligadas a ensanchar su planta de personal y, por esa vía, a incrementar gastos de funcionamiento y reducir gastos de inversión.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no pueden realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. Se trata de un

acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción.

De este modo, el contrato de prestación de servicios es un contrato estatal que resulta claramente diferenciable de un contrato de trabajo que se suscribe a través de un nombramiento avalado por la Oficina Nacional de Servicio Civil, ya sea con un servidor público, bajo las diferentes modalidades que describe la ley, por cuanto que el segundo de los citados contratos se perciben, prestaciones laborales.

1. 4. Naturaleza jurídica:

La naturaleza jurídica de este tipo de contrato, como se indicó en un principio por tratarse de una contratación atípica, puede conceptualizarse como pública, porque se celebra entre el Estado a través de las distintas dependencias que comprenden el Sector Público y particulares, sin embargo ha existido la pretensión de darle la connotación de un contrato de trabajo fundamentado únicamente en la Ley de Contrataciones del Estado y la ya citada circular conjunta, sin embargo dada su naturaleza, sus diferentes sustentos, y el mencionado Convenio Internacional, éste tipo de contratos se enmarca como un contrato cuya naturaleza es eminentemente pública y no privada, porque pretender limitar los derechos de las personas contratadas con cargo a este renglón tiende a menoscabar principios ya regulados por la Ley Suprema.

1.5. Cláusulas que contiene el contrato:

Este tipo de contratos en la administración pública tiene un formato específico para todas los Ministerios y entidades que conforman el sector público, y como podrá apreciarse se colige que se constituye en un contrato leonino como se definió oportunamente, ante lo cual para que se tenga elementos probatorios específicos, para

cada cláusula se hará una breve descripción del contenido de cada una de ellas, redundando en la total desventaja en la que los trabajadores que se contratan se encuentran ante la administración pública, sin quedar otra alternativa más que suscribir el mismo con el único afán de contar con un trabajo que aunque atentatorio a la ley, por necesidad se ven obligados a cumplir, por lo que se describen algunos aspectos que contienen las cláusulas estipuladas en este contrato:

- a) En la parte introductoria, contiene la identificación del contrato y la dependencia donde se prestarán los servicios; comparecencia de los contratantes, tanto de la parte contratante, como del contratista, con sus datos de identificación personal, representación legal y demás requisitos necesarios para este tipo de contratos., especificándose en este apartado si los servicios a prestar serán técnicos o profesionales.

- b) **Primera: Base legal:** Estos contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales, tienen su asidero legal en los artículos 44, inciso (1, sub-inciso uno punto nueve (1.9 y 47) del Decreto 57-92 del Congreso de la República de Guatemala, Ley de Contrataciones del Estado, esta disposición se aplica porque es la excepción para no incurrir en los procesos de cotización y/o licitación para que contratar los servicios, se contempla como una excepción que permite la facilidad en su contratación; Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para cada Ejercicio Fiscal, porque tiene un artículo especial que regula este tipo de contrataciones, básicamente haciendo énfasis que no tienen derecho a las prestaciones laborales de los demás trabajadores y que no puede incrementarse durante la ejecución del presupuesto, el renglón presupuestario 029 (Otras remuneraciones para el personal temporal); asimismo, se establece si los servicios a prestarse son de carácter técnico o profesional, a efecto que quede claro la categoría del contrato y los honorarios a pagar, naturalmente si son de carácter técnico éstos son menores y si son profesionales, los honorarios a percibir por el contratista tienen que ser mayores.

- c) **Segunda: Objeto del contrato:** En esta cláusula se estipulan las actividades que el Contratista, prestará en la dependencia, describiendo las mismas, es una cláusula sui-géneris porque en el contrato se describen ciertas actividades pero el contratista resulta haciendo otras actividades distintas que si lo vemos desde la óptica real, ya los convierte en servidores públicos.
- d) **Tercera: Valor, plazo y aprobación del contrato:** En la cláusula tercera, se estipula el monto que percibirá el Contratista por concepto de honorarios, para lo cual la persona contratada debe presentar un informe mensual de las actividades realizadas, incluyéndose en dicho pago el Impuesto al Valor Agregado, identificándose para el efecto, el Código Presupuestario que se utilizará para cubrir el gasto; así como el plazo, es decir por cuanto tiempo durará la contratación, queda entendido que la duración del Contrato no puede ser mayor a un ejercicio fiscal;
- e) **Cuarta: Fianza de cumplimiento:** Esta cláusula queda determinada para que el contratista, con el objeto de garantizar el cumplimiento de las cláusulas contenidas en el contrato que suscriba con la Autoridad respectiva, deberá adquirir una fianza de cumplimiento por el equivalente al diez por ciento (10%) del monto del total del Contrato, la cual se hará efectiva en el caso que se incumplan con las estipulaciones contenidas en el contrato, es decir que adicionalmente a las limitaciones de sus derechos laborales también deben constituir una fianza que representa una erogación para el trabajador.
- f) **Quinta: Disposiciones generales.** A través de ésta cláusula queda convenido que formará parte del respectivo contrato y se incorporará al expediente correspondiente, toda la documentación que se produzca hasta el otorgamiento del finiquito recíproco entre las partes; así como que el Contratista, desarrollará sus actividades en la dependencia del Ministerio o Institución de que se trate atendiendo a la naturaleza jurídica de este tipo de instrumento; que el Contratista, para los efectos, deberá presentar en forma mensual un informe que contenga

las actividades realizadas, según lo estipulado en la cláusula segunda anteriormente descrita, el cual deberá ser aprobado por quien supervisa dichas actividades, por lo que deberá, permitir que en cualquier momento la Autoridad Superior que designe la Autoridad Máxima de la entidad contratante evalúe o inspeccione los servicios y demás actividades que presta.

- g) **Sexta: Prohibiciones.** Para un efectivo cumplimiento del contrato a la persona contratada se le prohíbe, entre otras cosas ceder los derechos provenientes del contrato, proporcionar información a terceros sobre los asuntos que son de su conocimiento producto de las actividades que realiza, por cualquier medio que pretenda utilizar, por lo que todo lo que realice queda bajo reserva de confidencialidad, en consecuencia debe respetar los derechos de propiedad, tomando en cuenta que toda información intercambiada es de propiedad exclusiva de la parte de donde proceda, en este caso del Ministerio o Institución que lo contrata. En el caso que la persona contratada no cumpla con esta disposición deja a salvo el derecho de la Autoridad contratante a deducir responsabilidades civiles y penales que le pudiera corresponder.
- h) **Séptima: Otras condiciones.** En este tipo de contratos se consignan otras condiciones inherentes a la condición del referido instrumento legal, entre ellos podemos mencionar que, los documentos e informes que se originen de este contrato serán propiedad exclusiva de la entidad que lo contrata, que los servicios que prestará “El Contratista” serán de carácter técnico o profesional y que dicha persona no tiene la calidad de servidor público, por lo que no tiene derecho a ninguna prestación de carácter laboral, tal como lo establece el artículo que aprueba el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal de que se trate y la remuneración acordada no tiene la calidad de sueldo o salario sino de honorarios, tal como se estipula en la descripción del Renglón 029 “Otras Remuneraciones de Personal Temporal”, del “Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala”, que más adelante se describirá.

- i) **Octava: Sujeción a las leyes de la república y controversias.** Naturalmente que como en todo tipo de actos contractuales, quien se contrata bajo este tipo de contratación, queda expresamente sometido a las leyes de la República de Guatemala en todo lo relacionado a este contrato; y la especificación de que renuncia al fuero de su domicilio, sometiéndose a los tribunales que decida la autoridad contratante si así fuera el caso.

- j) **Novena: Terminación del contrato.** Queda establecido en estos contratos que los mismos terminarán por varias causas, siendo ellas, por el vencimiento del plazo estipulado en el mismo, que la Autoridad contratante dará por terminado el contrato unilateralmente sin responsabilidad de su parte, sí la persona contratada no cumple con las estipulaciones contenidas en la cláusula segunda ya comentada; asimismo, la entidad que contrata se reserva el derecho de rescindir el contrato en cualquier momento, sin que ello implique responsabilidad de su parte.

- k) **Décima: Aceptación del contrato.** En esta cláusula las partes, luego de haber leído el contenido del contrato y debidamente enterados de su contenido, objeto, validez y efectos legales, si no hay inconveniente lo aceptan, ratifican en todas y cada una de sus partes y firman el número de hojas que se utilicen para el efecto, las hojas deberán tener el membrete del Ministerio o Institución contratante.

1.6. Ejemplo de un contrato para la prestación de servicios técnicos:

CONTRATO DE SERVICIOS PROFESIONALES NUMERO: UNO GUION DOS MIL SIETE (1-2007).-----

En la ciudad de Guatemala, el dos (2) de enero de dos mil siete (2007). **NOSOTROS: ROBERTO MOLINA CONTRERAS**, de cincuenta (50) años de edad, soltero, guatemalteco, de este domicilio, Licenciado en Administración de Empresas, colegiado activo número cinco mil quinientos treinta (5530), con Cédula de Vecindad número de Orden A guión uno (A-1) y de Registro trescientos sesenta y siete mil doscientos cuarenta (367240), extendida por el Alcalde Municipal de Guatemala del Departamento de Guatemala, actúo en representación del Ministerio de Finanzas Públicas, en mi calidad de Viceministro del Ramo, extremo que acredito por medio del Acuerdo Gubernativo número dos guión dos mil siete (2-2007) de fecha quince (15) de mayo de dos mil siete (2007) y Certificación del Acta de Toma de Posesión del cargo número cuatro guión dos mil siete (4-2007)-2004), efectiva con fecha quince (15) de mayo del dos mil siete (2007), asentada en el Libro de Actas de la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Finanzas Públicas, autorizado por la Contraloría General de Cuentas con el número seiscientos doce (612) folio cuarenta (40) del libro sesenta (60) de fecha quince (15) de mayo de dos mil uno (2,001) señalo para recibir notificaciones, la octava (8a.) avenida y veintiuna (21) calle, zona uno (01) Centro Cívico, nivel dieciocho (18), edificio del Ministerio de Recursos Naturales; y por la otra parte: **JUAN CARLOS FIGUEROA CLARA**, de treinta (30) años de edad, casado, guatemalteco, de este domicilio, tipógrafo, me identifico con la cédula de vecindad números de Orden U guión veintidós (U-22) y registro sesenta y siete mil trescientos catorce (67314), extendida por el Alcalde Municipal de Jutiapa, del Departamento de Jutiapa, con residencia en la tercera calle diecisiete guión veintidós (17-22) de esta Ciudad, lugar que señalo para recibir notificaciones, citaciones o emplazamientos; toda la documentación relacionada se tiene a la vista. Ambos otorgantes manifestamos hallarnos en el libre ejercicio de nuestros derechos civiles y que la representación que se ejercita es amplia y suficiente conforme a la ley para la celebración del presente Contrato de Servicios TECNICOS. En lo sucesivo ambos otorgantes en su orden nos

denominaremos "El Ministerio" que es el Ministerio de Finanzas Públicas y "El Contratista" es quien presta sus servicios y convenimos en lo siguiente: **PRIMERA: BASE LEGAL.** El presente contrato se suscribe con fundamento en los artículos cuarenta y cuatro (44), inciso uno (1), sub-inciso uno punto nueve (1.9) y cuarenta y siete (47) del Decreto número cincuenta y siete guión noventa y dos (57-92) del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado, artículo treinta (30) del Decreto número treinta y cinco guión dos mil seis (35-3006) del Congreso de la República de Guatemala, Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para el Ejercicio Fiscal 2007, **SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO.** "El Contratista" se compromete a prestar sus Servicios Profesionales en el TALLER NACIONAL DE GRABADOS EN ACERO, de este Ministerio, conforme las siguientes actividades A) Proceder a la impresión en la máquina instalada para el efecto, de los formularios solicitados por la Superintendencia de Administración Tributaria identificados como R guión veintidós (R-22), B) Insertar el sello que indica "Impreso en el Taller Nacional de Grabados en Acero", en cada formulario, a través del mecanismo establecido para el efecto; C) Efectuar el conteo con el aparato destinado para el efecto y presentar el informe al Jefe del Departamento de Producción; D) Anotar en el Libro denominado "Producción", el número de formularios impresos y trasladarlo al Jefe del Departamento E) Cualquier otra análoga con la especialidad técnica que posee y F) Rendir un informe mensual de las actividades realizadas.-----

TERCERA: VALOR, PLAZO Y APROBACION DEL CONTRATO. "El Ministerio" se compromete a pagarle a "El Contratista" en concepto de honorarios la cantidad total de SESENTA MIL QUETZALES EXACTOS (Q.60,000.00), en la cual se incluye el Impuesto al Valor Agregado -IVA-, que serán cubiertos en períodos mensuales, contra la presentación de informes que demuestren el avance físico de las actividades realizadas, debidamente aceptadas y a entera satisfacción del Ministerio de Finanzas Públicas. Los servicios serán cancelados en pagos mensuales de doce (12) pagos de CINCO MIL QUETZALES EXACTOS (Q..5,000.) a partir del treinta y uno (31) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de dos mil siete (2007). El pago será cubierto conforme a la partida presupuestaria número dos mil siete guión cero cero cero guión cero treinta y dos guión cero veintinueve guión cero cero guión cero cero doce guión

cero guión cero cero cero treinta (2007-000-032-029-00-0012-0-00030) del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, vigente. **CUARTA: FIANZA DE CUMPLIMIENTO.** Para garantizar el cumplimiento de las cláusulas contenidas en el presente contrato, “El Contratista” deberá adquirir una fianza de cumplimiento equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato. **QUINTA: DISPOSICIONES GENERALES.** A). Forman parte del presente contrato y quedan incorporados a él, el expediente que sirvió de base para el faccionamiento del presente instrumento; así como toda la documentación que se produzca hasta el otorgamiento del finiquito recíproco entre las partes; B) “El Contratista” desarrollará sus actividades en el **TALLER NACIONAL DE GRABADOS EN ACERO** del Ministerio de Finanzas Públicas de acuerdo a la naturaleza jurídica de este tipo de instrumento; C) “El Contratista”, para los efectos del sistema de evaluación establecido, deberá presentar en forma mensual un informe que contenga las actividades realizadas, según lo estipulado en la cláusula segunda del presente contrato, el cual deberá ser aprobado por quien supervisa dichas actividades, asimismo, permitir que en cualquier momento la Autoridad Superior que designe “El Ministerio” evalúen o inspeccionen los servicios y demás actividades que realice. **SEXTA: PROHIBICIONES.** A “El Contratista” le queda prohibido ceder los derechos provenientes del presente contrato, así como proporcionar información a terceros sobre los asuntos que son de su conocimiento, ya sea por medio de documentos o por medios informáticos como resultado de los servicios que preste, manteniendo ésta bajo reserva de confidencialidad, respetando los derechos de propiedad, tomando en cuenta que toda información intercambiada es de propiedad exclusiva de la parte de donde proceda, en este caso del Ministerio de Finanzas Públicas. El incumplimiento de esta cláusula puede generar para “El Contratista” responsabilidades civiles y penales que le pudiera corresponder. -----

SEPTIMA: OTRAS CONDICIONES. A). Los documentos e informes que se originen de este contrato serán propiedad exclusiva del Ministerio de Finanzas Públicas; B). Los servicios que prestará “El Contratista” serán de carácter PROFESIONALES y dicha persona no tiene la calidad de servidor público, por lo que tampoco tiene derecho a ninguna prestación de carácter laboral, tal como lo establece el artículo treinta (30) del

Decreto número treinta y cinco guión dos mil seis (35-2006) del Congreso de la República de Guatemala, “Ley del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado” para el Ejercicio Fiscal dos mil siete (2007) y los honorarios acordados no tienen la calidad de sueldo o salario, tal como se estipula en la descripción del Renglón 029 “Otras Remuneraciones de Personal Temporal”, conforme al “Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala”, aprobadas mediante el Acuerdo Ministerial número doscientos quince guión dos mil cuatro (215-2004), del Ministerio de Finanzas Públicas, de fecha treinta (30) de diciembre del año dos mil cuatro (2004). -----

OCTAVA: SUJECION A LAS LEYES DE LA REPUBLICA Y CONTROVERSIAS. “El Contratista” se somete expresamente a las leyes de la República de Guatemala en todo lo relacionado a este contrato; por lo tanto renuncia al fuero de su domicilio.

NOVENA: TERMINACION DEL CONTRATO. A) El contrato terminará por el vencimiento del plazo estipulado en el mismo. B) “El Ministerio” dará por terminado el contrato unilateralmente, sin responsabilidad de su parte, sí “El Contratista” incumple con lo estipulado en la cláusula segunda del presente contrato. C) “El Ministerio” se reserva el derecho de rescindir el contrato en cualquier momento, sin que ello implique responsabilidad de su parte.

DECIMA: ACEPTACION DEL CONTRATO. En los términos y estipulaciones “El Ministerio” y “El Contratista”, hemos leído íntegramente el presente contrato y enterados de su contenido, objeto, validez y efectos legales, lo aceptamos, ratificamos en todas y cada una de sus partes y firmamos en tres (3) hojas de papel bond con el membrete propio del Ministerio.-----

LICENCIADO ROBERTO MOLINA CONTRERAS
VICEMINISTRO DE FINANZAS PUBLICAS

JUAN CARLOS FIGUEROA CLARA

CAPÍTULO II

2. Diferencias existentes entre salario y honorarios

2.1. Salario:

El análisis del salario comenzó a ganar importancia en la literatura económica como consecuencia de la intensificación del capitalismo comercial y de las crisis de los gremios acaecidas durante la segunda mitad del siglo XVII y primera mitad del XVIII. Los economistas de este período y los de la tradición clásica que les siguió se centraron en el análisis del salario del trabajador más común del varón adulto sin habilidades ni cualificaciones específicas a quien consideraban que representaba a la mayoría de los asalariados. Este salario se relacionaba, basándose en la simple observación de las condiciones en las que vivían la mayor parte de los trabajadores de la época, con un nivel de consumo de subsistencia. Aunque este nivel no se determinaba únicamente en términos estrictamente biológicos. También se veía influido por los el análisis clásico de los salarios relativos se aborda en el capítulo tres del presente trabajo. Esta teoría, es decir, la teoría clásica de los salarios relativos, se debe fundamentalmente a Allan Smith, aunque tiene claros antecedentes en Cantillon. hábitos y costumbres e incluso por consideraciones sociales, culturales e históricas de cada país o región en cada momento. Las primeras teorías del salario lo consideraron como una magnitud dada por los usos y costumbres de cada país en cada época; no hubo intentos de explicar en términos económicos dicha magnitud ni de encontrar los mecanismos que estabilizaban o llevaban el salario al nivel de subsistencia. No obstante, incluiré también algunas ideas de economistas predecesores de la escuela clásica: Cantillón y Turgot. Ambos fueron quienes primero explicaron la tendencia de los salarios hacia el nivel de subsistencia con independencia de consideraciones normativas.

Los autores que habían escrito hasta entonces sobre los salarios del trabajo señalaron, basándose en la evidencia empírica, que éstos se situaban en torno a un

nivel de subsistencia. Muchos de ellos recomendaron además, en virtud de sus consideraciones éticas acerca del carácter indolente y vicioso de los trabajadores, el mantenimiento de los salarios en ese nivel tenía como fundamento la idea de estimular al trabajo.

Es decir que refleja la idea que en la citada obra los hombres en esa época, que tenían la tendencia de mantenerse en holgura y el placer y no dedicarse a desarrollar o buscar la subsistencia necesaria a través del trabajo, porque también consideró que los salarios bajos un requisito necesario para el aumento de la riqueza de un país, esto con el objeto de evitar la holgura, porque entre más se enfocaran los hombres a trabajar, les permitiría incrementar sus salarios y la consecuencia de ello es que el país aumentaría en su riqueza y se obtendrían beneficios mayores para todos los ciudadanos de determinada región, que así lo entendieran.

Ahora bien por su parte Richard Cantillon, intentó hacer una estimación aproximada del salario de subsistencia. Calculó que el trabajador medio, para mantenerse así mismo y a su familia, debería tener el doble de lo necesario para atender a sus necesidades, lo cual sería equivalente a lo requerido para mantener un esclavo adulto de la categoría más baja y garantizar la reposición del mismo. Este resultado lo obtuvo bajo los supuestos de que la mitad de los niños mueren antes de cumplir los diecisiete años y de que el trabajo de la mujer, teniendo en cuenta que se dedicaba al cuidado de los hijos, no proporciona más que lo suficiente para su propia subsistencia. La cantidad requerida para mantener un esclavo adulto de la categoría más baja la midió en unidades de tierra (del mismo modo que el valor intrínseco de los bienes lo intentó medir en términos de la cantidad de tierra necesaria para su producción). Naturalmente, también señaló que esta cantidad podía variar en función de la región, del momento y de las circunstancias. En el capítulo 11 del Ensayo sobre la Naturaleza del Comercio en General, se expresó del siguiente modo: "... no he precisado a cuánta tierra corresponde, en valor, el trabajo del aldeano o del obrero más vil, cuando dije que valía el doble del producto de la tierra que sirve para sustentarlo, ya

que esta cantidad varía según el género de vida de los distintos países”.⁸ Pero el aspecto más interesante del análisis de Cantillon es la idea de que el salario tiende a la larga a mantenerse en torno al de subsistencia. Cantillon elaboró en el capítulo 15 del Ensayo su teoría sin ligar su exposición a elementos normativos como habían hecho los autores mercantilistas que le precedieron. La consideración básica de esa teoría era la relación positiva entre población y nivel de los salarios. Con salarios superiores al de subsistencia se producía un crecimiento continuo de la población y con salarios inferiores se creía que la población iría disminuyendo progresivamente. Por otra parte, dado que las variaciones de la población se suponían estrictamente ligadas a los cambios en la fuerza de trabajo se esperaba que los salarios iban a ajustarse al nivel de subsistencia, por lo menos siempre que la demanda de mano de obra mantuviera una tendencia estacionaria.

Anne-Robert-Jacques no dio contenido de forma explícita al concepto de salario de subsistencia; no obstante, consideró que este concepto incluía algo más que los medios que permiten satisfacer las mínimas necesidades desde un punto de vista estrictamente biológico. Turgot distinguía, como Smith, tanto para los bienes como para el trabajo, dos precios: el precio corriente o valor y el precio fundamental; el primero dependía de las condiciones momentáneas de oferta y demanda y, el segundo era igual al coste de producción correspondiente. En el caso del trabajo, el salario fundamental se correspondía con el salario de subsistencia, nivel por debajo del cual el salario corriente no podía situarse en ningún momento.

En su obra más conocida, *Reflexions sur la Formation et la Distribution des Richesses*, publicada en 1766, Turgot sostenía la idea de que el salario tendía a coincidir a la larga con el nivel de subsistencia. Introdujo dos consideraciones para obtener este resultado: la situación de necesidad de la mayor parte de los trabajadores, que no tienen otras rentas más que las procedentes de su trabajo; y el gran número de trabajadores, esto es, la existencia de un exceso de oferta de trabajadores como rasgo

⁸ R. Cantillon, **Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general**, pág. 34

normal de la economía. Estos dos factores, según él, debilitaban el poder de negociación de los trabajadores que competían por obtener los escasos empleos y llevaban el salario a su nivel de subsistencia.

Desde la perspectiva de Turgot, por tanto, no hay ningún ajuste de la población que lleve al salario hacia su valor de subsistencia; es la condición de extrema necesidad de los trabajadores y el permanente exceso de oferta de trabajo lo que explica esa tendencia. Sin embargo, Turgot no proporcionó ninguna explicación de por qué “los salarios no podían caer por debajo de su valor de subsistencia en presencia de desempleo”.⁹

2.2 Antecedentes históricos:

Los antecedentes históricos del salario, nos remiten a la Via Salaria es la vía romana más antigua de Italia. La sal era para los romanos un producto comercial de suma importancia. La Via Salaria desde las grandes salinas o salitreras de Ostia, pasando los Apeninos, hasta San Benedetto del Tronto en el Adriático. Roma estaba situada en el punto en el que la Vía Salaria cruzaba el Tíber. La sal era necesaria para en Roma como conservante y como antiséptico para desinfectar heridas. La sal tenía una importancia religiosa y social. Se usaba como símbolo y rito para estrechar las relaciones sociales: comer sal en comunidad. Arrojar sal por encima del hombro derecho significaba conjurar una maldición.

Por la Vía Salaria transportaban los mercaderes el preciado producto. Los soldados que cuidaban de la seguridad de la ruta de la sal recibían parte de su paga en forma de bolsitas con sal, lo que se llamaba Salarium Argentum, de ahí la palabra salario.

En Grecia se intercambiaban esclavos por sal, de ahí el dicho “no vale su sal”. La palabra latina sal viene de la raíz indoeuropea sal-‘sal’ y es un adjetivo sustantivado que significa ‘turbio’, ‘gris sucio’. Este significado tiene todavía la palabra salo en

⁹ Jacques Turgot, **Reflexiones sobre la formación y distribución de las riquezas**, pág. 91

antiguo alto alemán. Antiguamente la sal que se llevaba al mercado era sal si refinar, sucia.

2.3 Clases de salario

Existen varias clases de salario, si nos ubicamos en Guatemala, en primera instancia y con mayor porcentaje se otorga en dinero y en menor cantidad aún se otorga el salario en especie: En dinero, debe estipularse en moneda nacional, en caso de ser en moneda extranjera, el trabajador puede exigir su equivalente en moneda nacional.

2.3.1. En especie

Toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que el trabajador reciba en contraprestación del servicio, como alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia.

2.3.2. Ordinario o extraordinario

El salario ordinario es el que percibe el trabajador como remuneración por los servicios prestados dentro de su jornada ordinaria de trabajo. El extraordinario, es el que implica remuneración del trabajo ejecutado en días de descanso obligatorio o de horas extras o suplementarias trabajadas.

2.3.3. Fijo o variable

Cuando se pacta por unidad de tiempo se denomina fijo. Por unidad de obra o a nivel de ventas es considerado variable.

2.3.4. Nominal y real

El nominal es el valor monetario de la retribución del trabajo. El real, es cuando al salario nominal se le otorga de acuerdo a lo pactado y a las especificaciones reales de los servicios que presta la persona.

2.4 Naturaleza jurídica del salario

La naturaleza jurídica del Salario, se enmarca dentro de los principios de la equidad y la justicia, en e tal sentido, cabe señala que nuestra propia Constitución Política, establece que a “igual salario en igualdad de condiciones”, sin embargo para establecer la Naturaleza Jurídica del Salario, es pertinente establecer que constituye salario todo lo que implique retribución de servicios, sea cual fuere la forma o denominación que se le de. Es salario por tanto, no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que reciba el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio (primas, bonificaciones, etc), en tal sentido, no se puede fijar una posición estricta o concreta sobre la naturaleza jurídica del salario, si se enmarca dentro de la privada o pública, porque en el caso de los trabajadores de la Iniciativa Privada se rigen por lo establecido en el Código de Trabajo, y los trabajadores del Estado por la Ley de Servicio Civil y demás leyes análogas, como la circular conjunta que ya se ha citado. No son salario, las sumas que ocasionalmente recibe el trabajador (gratificaciones o primas adicionales, gastos de representación, dietas, tal como lo establece la Ley Orgánica del Presupuesto, Decreto 101-96 del Congreso de la República, en su artículos 77 y 78). Tampoco constituyen salario: prestaciones sociales, propinas, o viáticos accidentales, entre otros.

2.5 Honorarios

Como parte de la investigación, es pertinente tomar en consideración, que dentro de los contratos para la prestación de servicios con cargo al renglón presupuestario 029, se establece concretamente que la persona contratada bajo esta modalidad, no percibe salario sino que honorarios. Por tal motivo para determinar una diferenciación entre uno y otro término, es pertinente que se establezca la definición que existe sobre lo que significan los honorarios, conceptualizándolos como una forma de pago.

2.6 Definición de honorarios

El Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, respecto a los honorarios dice “es la remuneración, estipendio o sueldo que se concede por ciertos trabajos”.¹⁰ Generalmente se aplica a los profesionales liberales, en que no hay dependencia económica entre las partes y donde se fija libremente su retribución el que desempeña la actividad o presta los servicios. “Se aplica sobre todo con referencia a abogados, médicos, notarios, arquitectos, procuradores”.¹¹ En términos comunes se entiende por Honorarios, la modalidad de pago o remuneración que recibe un técnico o un profesional trabajador independiente que es contratado temporalmente, lo cual no implica pago de cuotas de tipo sindical, ni prestaciones por parte del derecho de antigüedad, al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Montepío, etc., es decir que comprende la remuneración que se cobra o se paga, en compensación de uno o varios servicios técnicos o profesionales. Son los recursos percibidos por la prestación de un servicio personal independiente; los ingresos por la prestación de un servicio personal independiente los obtiene en su totalidad quien presta el servicio. Como puede observarse, el término se aplica preferentemente para remuneraciones pagadas a los técnicos y los profesionales por sus servicios por lo que se puede decir que es exclusivamente para ellos. Sobre el término “Servicio” el Diccionario de la Lengua de la

¹¹ Cabanellas Guillermo, **Diccionario de derecho usual**, pág 68

Real Academia Española, indica que es el “constituye el conjunto de elementos personales y materiales que, debidamente organizados, contribuyen a satisfacer una necesidad o conveniencia general y pública”.¹²

2.7 Diferencias

Teóricamente existen diferencias entre lo que es honorarios y salarios, sin embargo, se infiere que ambos términos constituyen una sinonimia porque es un estipendio que se percibe por la realización de un trabajo, no obstante según la doctrina, se citan algunas diferencias entre ambos términos para que sirva como un marco referencial entre dichos términos:

- a) Tanto los honorarios como los salarios son la forma de cobrar por la prestación de un servicio. La diferencia radica en que teóricamente los honorarios los percibe una persona que no tiene relación de dependencia con quien le paga, el ejemplo más común son los profesionales, que asesora y cobran por ello. El salario, indica que hay un empleado, profesional o no, demuestra que él recibe órdenes de su empleador. Además hay mucha diferencia en la responsabilidad, mientras un independiente es legalmente responsable de lo que hace, un empleado no lo es.
- b) Honorarios, son los que cobran por un trabajo específico o por determinadas horas de trabajo. Como por ejemplo, lo que cobra un médico por una consulta o un técnico por arreglar cualquier elemento que se le entregue para su conocimiento.
- c) Los Honorarios los cobra una persona física, es decir una persona que no tiene trabajo fijo y que cobra por lo que sabe o hace y que puede ser a cualquier persona que se lo pida, ejemplo; un médico, un arquitecto, un electricista, son personas que sin tener trabajo fijo pueden cobrar sus honorarios; generalmente

¹² Diccionario de la real academia de la lengua española, pag 197

los abogados que trabajan por su cuenta también los cobran. La persona que cobra por salario es la que tiene contrato con una entidad del Estado o empresa y que tiene la obligación de presentarse unas determinadas cantidades de horas por el sueldo que está recibiendo. Este tipo de personas generan una actividad a favor o en beneficio de quien lo ha contratado, a estos servicios se les paga con salario.

- d) Honorarios son los que se cobran por un trabajo específico, por ejemplo una consulta a un abogado, a un médico, psicólogo, o cualquier otro profesional y el salario es lo que corresponde como servidor público o privado.
- e) El salario es el elemento monetario principal en la negociación de un contrato de trabajo, Es la contraprestación en la relación bilateral, aunque en algunas ocasiones se tienen en cuenta otras condiciones laborales como vacaciones, aguinaldo, horas extraordinarias y otras prestaciones de carácter laboral; en tanto que los honorarios es la retribución convenida por un trabajo en algunas profesiones liberales.
- f) Honorarios es el dinero que se paga por algo particular, a un contador o un abogado y se le pagan cuando realizan un trabajo, tiene tiempo definido, en tanto que el salario se paga por cuando la persona recibe un estipendio cada mes, semana o quincena, sin tener un tiempo estipulado para la realización de sus actividades.
- g) Honorarios son los que se prestan sin necesidad de tener ningún tipo de relación laboral, en cambio un salario si lo necesita.
- h) El salario es lo que percibe todo trabajador por poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Los honorarios son los que recibe un profesional, por realizar un trabajo específico que requiere poner en práctica aquello para lo cual ha estudiado o se ha especializado.

- i) Honorarios, son los que se reciben por pago libre de deducciones con excepción de las declaraciones que se tienen que presentar ante las Autoridades Tributarias, pero no tiene derecho a prestaciones; y el salario en relación de dependencia, debe de presentar una declaración proyectada de los ingresos a obtener, y deducir el crédito por IVA.
- j) Para otros tratadistas existe sinonimia en los términos porque al final de cuentas el pago que se hace por un trabajo realizado.

2.8. Tabla comparativa de salarios del servidor público y los honorarios devengados por las personas contratadas con cargo al renglón 029

PERSONAL POR CONTRATO	MONTO DEL CONTRATO Q. (*)	PERSONAL PERMANENTE	SALARIO Q. (**)	FUNCIONES QUE DESARROLLA
Director General	26,500.00	Director Técnico III	7,387.00	Asistir y asesorar al Despacho Ministerial en materia de su competencia, aprobar informes y dictámenes emanados de los distintos departamentos bajo su mando; supervisar las labores de los directores y jefes de departamento.
Jefe de Departamento	15,000.00	Asesor Profesional Especializado IV	6,759.00	Realizar actividades programadas de acuerdo a sus funciones e informar a las subdirecciones y dirección sobre los resultados de su gestión; asistir a la Dirección y Subdirecciones en actividades puntuales que le sean requeridas.

Jefe de Sección	8,040.00	Asesor Profesional Especializado III	6,297.00	Velar que el personal bajo su cargo cumpla con las tareas y funciones delegadas, supervisar que el trabajo realizado cumpla con los requerimientos solicitados por el Jefe del Departamento.
-----------------	----------	--------------------------------------	----------	--

(*) El personal que es contratado para prestar sus servicios con cargo al renglón presupuestario 029, no tiene derecho a percibir, ninguna prestación adicional a lo que corresponde a los Honorarios pactados en el Contrato respectivo, sin embargo si deben inscribirse ante la Superintendencia de Administración Tributaria como Pequeños Contribuyentes o al Régimen General del Impuesto al Valor Agregado, dependiendo del monto de sus honorarios, constituir fianza de cumplimiento y en forma mensual presentar el informe de las actividades que realiza en la dependencia que presta sus servicios, caso contrario que no sucede con el resto de trabajadores, por lo que se establece la desigualdad en las condiciones bajo las cuales se prestan los servicios.

(**) El monto que aparece en el personal permanente, es el salario nominal, aquí falta incluir lo que corresponde a bonos, adicionalmente, tienen derecho a períodos vacacionales, licencias con o sin goce de salario, vacaciones, indemnización en caso de despido injustificado, régimen de pensiones civiles del Estado, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, aguinaldo, bonificación anual, prestaciones adicionales contenidas en Pactos Colectivos de Condiciones de trabajo.

CAPÍTULO III

3. Servidores públicos

3.1 Definición de servidores públicos

Es toda persona individual que ocupa un puesto de trabajo en la administración pública, en virtud de nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo legalmente establecido, mediante el cual se obliga a prestar sus servicios a la colectividad a cambio de un sueldo o salario, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata de la propia administración pública, la anterior definición está contenida en la Ley de Servicio Civil, que en este caso, es la ley que regula las relaciones del Estado con sus trabajadores a nivel de las leyes internas del país, sin embargo, lo que se pretende establecer es realmente, si la ley nacional tiene preeminencia sobre los Convenios Internacionales debidamente ratificados por Guatemala, en cuanto a derechos humanos se relaciona. Se entiende por servidor público, a la persona que es contratada mediante nombramiento, contrato u otro vínculo permisible por la ley, para que ésta preste sus servicios dentro de las actividades que le corresponden desempeñar al Estado en función a mandatos constitucionales, leyes ordinarias, Acuerdos Gubernativos, otros instrumentos legales y que serán prestados a la ciudadanía en general, recibiendo a cambio un sueldo o salario, siendo supervisado y encontrándose jerárquicamente bajo la dependencia y dirección de la entidad que lo contrata.

3.2 Requisitos para ser servidor público

Para determinar los requisitos necesarios para que una persona pueda ingresar al servicio público, se hace imperativo en primer lugar tomar en consideración el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que claramente preceptúa que en Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, el hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales

oportunidades y responsabilidades, en congruencia con lo anterior, la misma Carta Magna establece en la literal a) del artículo 102, que existe el derecho a la libre elección de trabajo y a condiciones económicas satisfactorias que garanticen al trabajadores y a su familia una existencia digna. Naturalmente, que es requisito fundamental, que para poder optar a un cargo o puesto en la administración pública, el individuo debe estar en el libre ejercicio de sus derechos civiles, en virtud que de no ser así, tiene la limitante de no poder ingresar a este sector laboral del país.

3.3 Clases de servidores públicos

Los servidores públicos para ingresar a la Administración Central, podrán hacerlo atendiendo a tres (3) formas bien definidas, las cuales son:

3.3.1 Servicio exento

3.3.2 Servicio sin Oposición

3.3.3 Servicio por Oposición

Para establecer, las diferencias que en cada una de estas clases existen se describen que clase de empleados o funcionarios que pueden pertenecer al mismo y su peculiaridad.

3.3.1. Servicio exento

Este servicio no está sujeto a todas las disposiciones contenidas en la Ley de Servicio Civil, entendiéndose a éstas las que son necesarias para ingresar al servicio público, es decir que no se toman en cuenta los requisitos necesarios y exigibles para cada caso, dentro de este servicio se encuentra los puestos de:

1. Funcionarios nombrados por el Presidente a propuesta del Consejo de Estado;
2. Ministros y Viceministros de Estado, Secretarios, Subsecretarios y Consejeros

de la Presidencia de la República, Directores Generales y Gobernadores Departamentales;

3. Funcionarios y empleados en la Carrera Diplomática, de conformidad con la Ley Orgánica del Servicio Diplomático de Guatemala;
4. Tesorero General de la Nación;
5. Escribano del Gobierno;
6. Gerente de la Lotería Nacional
7. Funcionarios del Consejo de Estado;
8. Registradores de la Propiedad y personal correspondiente;
9. Inspector General de Trabajo;
10. Funcionarios de la Presidencia de la República que dependan directamente del Presidente;
10. Miembros de los cuerpos de seguridad;
11. Personas que sean contratadas para prestar servicios interinos; ocasionales, o por tiempo limitado por contrato especial;
12. Empleados de la Secretaría de la Presidencia de la República;
14. No más de diez funcionarios o servidores públicos en cada Ministerio de Estado, cuyas funciones sean clasificadas de confianza por los titulares correspondientes;
15. Personas que desempeñen cargos ad-honórem.

3.3.2. Servicio sin oposición

El Servicio sin Oposición comprende los puestos de:

1. Asesores técnicos;
2. Asesores jurídicos;
3. Directores de hospitales.

Los miembros de este servicio están sujetos a todas las disposiciones de esta ley, menos a aquellas que se refieren a nombramiento y a despido, es decir que derivado de las actividades que desarrollan su nombramiento no requiere todas las condiciones o requisitos de ingreso, pero de igual forma su despido puede hacerse en similares condiciones.

3.3.3 Servicio por oposición

El Servicio por Oposición incluye a los puestos no comprendidos en los servicios Exentos y sin Oposición que aparezcan específicamente en el Sistema de Clasificación de Puestos del Servicio por Oposición que establece esta Ley.

3.4. Personal permanente

El Personal Permanente dentro del Sector Público, es el que comúnmente se le denomina "Presupuestado", su asidero legal se encuentra en la Ley de Servicio Civil, en donde están comprendidos los puestos descritos en las literales anteriores, le asisten todos los derechos y obligaciones que se instituyen en la referida ley, su nombramiento y remoción está condicionado a la clasificación bajo la cual se contratan, sean con o sin oposición o bien en el servicio exento, de tal manera que encontramos aquí una diferencia con el personal temporal, toda vez que su contratación es en forma indefinida y en el caso que se pretenda despedir a un empleado del servicio por oposición y pese sobre la entidad en la cual presta sus servicios, un conflicto de carácter económico-social, deberá cumplirse con el procedimiento establecido en el

Código de Trabajo, verbigracia, solicitar ante el tribunal que conoce el caso, la respectiva solicitud para la terminación de su relación laboral.

En la misma ley de servicio civil, encontramos que los trabajadores son susceptibles de derechos, de los cuales el personal 029 no goza de ello, y es por ello que se describen los mismos:

A no ser removidos de sus puestos, a menos que incurran en las causas de despido debidamente comprobadas, previstas en esta ley. Es decir que para que un trabajador sea despedido de su puesto de trabajo, debe incurrir dentro de las causales contenidas en la misma ley, pero para ello debe agotarse previamente el procedimiento administrativo correspondiente.

A gozar de un período anual de vacaciones remuneradas de veinte días hábiles, después de cada año de servicios continuos. Las vacaciones no son acumulables; deben gozarse en periodos continuos y no son compensables en dinero, salvo que se hubiere adquirido el derecho y no se hubiere disfrutado al cesar la relación de trabajo por cualquier causa. Esta situación es bastante atípica, porque cuando se emitió el reglamento de la citada ley, se consignó en un artículo que las vacaciones no disfrutadas pueden pagarse hasta un máximo de dos (2) años, aspecto que resulta contradictorio, porque el reglamento no puede desarrollar algo más que la misma ley no contempla, pero será tema de otra investigación.

Treinta días a los servidores públicos expuestos a riesgos que causen enfermedades profesionales, los que serán enumerados para ese efecto en el reglamento respectivo. Para determinar quienes están expuestos a contraer enfermedades profesionales y tengan el derecho de gozar los treinta días que indica esta disposición, existe un procedimiento en el cual interviene el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en otros casos como en el Ministerio de Finanzas Públicas, este derecho está contenido en el Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo.

A licencias con o sin goce de sueldo, por enfermedad, gravidez, estudios, adiestramiento y otras causas, de conformidad con el reglamento respectivo. Pasó mucho tiempo para la emisión del reglamento referido, ahora que se cuenta con él, se

establecen las condiciones para gozar de las licencias con o sin goce de salario, las que puede dar el jefe inmediato y las que otorga la autoridad nominadora de cada Ministerio de Estado.

A enterarse de las calificaciones periódicas de sus servicios; este derecho la verdad es como un lirismo dentro de la ley, porque la práctica demuestra que no se produce el hecho de que al trabajador se le informe sobre la evaluación del desempeño de sus labores, por lo tanto es una disposición que las autoridades no le dan cumplimiento.

A recibir en la primera quincena del mes de diciembre de cada año un aguinaldo en efectivo, que se liquidará de conformidad con la ley y los reglamentos respectivos; efectivamente al tenor de la normatividad relacionada con el aguinaldo, éste se devenga el cincuenta por ciento (50%) en el mes de diciembre de cada año, regularmente en la primera quincena de diciembre y el otro porcentaje, dentro los primeros quince días del ejercicio fiscal siguiente, el aguinaldo se paga el equivalente a un salario nominal.

A recibir indemnización por supresión del puesto o despido injustificado directo o indirecto, equivalente a un mes de salario por cada año de servicios continuos y si los servicios no alcanzaron a un año, a la parte proporcional al tiempo trabajado. Su importe se debe calcular conforme al promedio de los sueldos devengados durante los últimos seis meses, a partir de la fecha de supresión del puesto. Este derecho en ningún caso excederá de cinco sueldos. El pago de la indemnización se hará en mensualidades sucesivas, a partir de la supresión del puesto y hasta completar la cantidad que corresponda. Es entendido que si en razón del derecho preferente contemplado en el artículo 46 de esta ley, el servidor despedido reingresara al servicio público con un salario igual o superior al que devengaba, el pago de la indemnización será suspendido a partir de la fecha de toma de posesión del nuevo cargo. Si el salario fuere inferior, se continuará el pago de la indemnización por el término necesario para cubrir la diferencia en el número de meses al cual se tiene derecho de indemnización. Quedan excluidos de este derecho los servidores públicos que puedan acogerse a la

pensión o jubilación, pero disfrutarán de la expresada indemnización hasta que se emita el acuerdo de pensión o jubilación correspondiente. Las entidades encargadas de esos trámites, quedan en la obligación de resolverlos en un término máximo de cuatro meses. Regularmente la indemnización a que se refiere este artículo, no se efectúa de esta forma sino que en un solo pago.

A gozar del régimen de jubilaciones, pensiones y montepíos, de conformidad con la ley respectiva; para este efecto, todos los servidores públicos y las personas contratadas con cargo al renglón 022 en la nómina mensual de pago se le hacen los descuentos respectivos y en caso de los trabajadores que prestan sus servicios por “jornales”, es optativo el acogerse a éste régimen.

A recibir un subsidio familiar cuando las condiciones fiscales lo permitan de conformidad con la ley respectiva; derivado de la paupérrima economía, el déficit fiscal y las condiciones económicas del país, no permiten que se cumpla con este derecho, con excepción de la Superintendencia de Administración Tributaria a quienes si se les ha asignado subsidios de carácter económico y caso similar se produce en las portuarias, derivado a que perciben ingresos que les permiten otorgar el beneficio citado.

Al ascenso a puesto de mayor jerarquía y/o sueldo, mediante la comprobación de eficiencia y méritos, de conformidad con las normas de esta ley; se llevan a cabo en algunas instituciones Políticas de Ascensos, pero en esporádicas entidades, ya que se dan casos en que profesionales universitarios, no obstante esforzarse para superarse académicamente y en consecuencia que ello coadyuve a que se le otorgue un puesto de mayor jerarquía, no es efectivo el derecho, en la mayoría de los casos son otros aspectos los que toman en cuenta las autoridades nominadoras.

A un salario justo que le permita una existencia decorosa, de acuerdo a las funciones que desempeñe y a los méritos de su actividad personal; en la actualidad aún existen salarios que no permiten a los trabajadores vivir en forma decorosa, citando como ejemplo la Dirección General de Caminos, en donde adicionalmente de

que la mayoría de trabajadores prestan sus servicios bajo el renglón presupuestario 031 (jornales) o lo que comúnmente se denomina “planilleros”, sus salarios son bajos y con prestaciones adicionales que a penas les permite cumplir con las obligaciones más prioritarias.

Derecho a descanso forzoso de treinta días antes del parto y cuarenta y cinco días después, con goce de salario, este derecho es el que le permite a las madres trabajadoras poder dedicarle tiempo a su hijo o hijos recién nacidos, porque además tienen un período de lactancia materna, que se encuentra desarrollada en otra ley.

3.5. Que es el manual de clasificaciones presupuestarias para el sector público de Guatemala:

Es un instrumento que reviste de gran importancia a las entidades de la Administración Central, descentralizadas y autónomas incluyendo las municipalidades, debido a que en el mismo se sustentan parte de las operaciones que se registran en el proceso presupuestario, así como las interrelaciones que se establecen dentro de un ordenamiento homogéneo en las finanzas públicas, para lo cual deberá atenderse a los clasificadores que forman parte del Sistema de Contabilidad Integrada SICOIN-WEB; en ese sentido, la clasificación a que se refiere dicho instrumento lo conforman: a) La Clasificación Institucional, b) Clasificación Geográfica, c) Clasificación por Finalidad y Funciones, d) Clasificación por Tipo de Gasto, e) Clasificación por Fuentes de Financiamiento, f) Clasificación de Recursos por Rubros, g) Clasificación Económica de los Recursos, h) Clasificación por Objeto del Gasto, e i) Clasificación Económica del Gasto, todo ello permitirá una optimizar los recursos en la formulación, ejecución y evaluación de los presupuestos de las distintas entidades que conforman el sector público de Guatemala.

3.5.1 Renglón presupuestario:

El renglón presupuestario es aquel contemplado dentro del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, para cada Ejercicio Fiscal, está contenido en lo que comúnmente se denomina Partida Presupuestaria, es decir que el mencionado renglón deviene de la fuente de financiamiento con la cual se cubrirá el pago de rubros o compromisos que adquieren las instituciones del Estado. En ese sentido, una partida presupuestaria contiene entre otros la descripción del año, obra o proyecto, ubicación geográfica, fuente de financiamiento, etc.

3.5.2 Grupo 0.

El grupo 0, se denomina en el citado instrumento legal como SERVICIOS PERSONALES, comprende la retribución de los servicios personales prestados en relación de dependencia y a los miembros de comisiones, juntas, consejos, etc. Incluye aportes patronales, servicios extraordinarios, gastos de representación, asistencia socioeconómica y otras prestaciones relacionadas con salarios. Se incluye además, otras retribuciones por servicios personales. Se divide en subgrupos y renglones, como lo son 01 Personal en Cargos Fijos; 02 Personal Temporal; 03 Personal por Jornal y a Destajo; 04 Servicios Extraordinarios; 05 Aportes Patronales; 06 Dietas y gastos de Representación; 07 Otras Prestaciones Relacionadas con Salarios; 08 Personal Contratado por Organismos Internacionales. Se menciona lo que es el Grupo , porque de aquí deviene la contratación del personal 029, ya que del Manual de Clasificaciones para el Sector Público, es donde se encuentra el renglón para la celebración de los contratos con cargo al 029 (Otras remuneraciones para el personal temporal), porque como se ha indicado, este tipo de contratos es por tiempo definido, hasta por un máximo de un ejercicio fiscal, de tal manera que de allí deviene su denominación, por cuanto que el citado Manual contiene todo lo que se refiere a la formulación y ejecución del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para cada año

3.5.3 Personal por contrato:

El Personal por contrato, contempla los egresos por concepto de sueldo base a trabajadores públicos, contratados para servicios, obras y construcciones de carácter temporal, en los cuales en ningún caso los contratos sobrepasarán el período que dura el servicio, proyecto u obra; y, cuando éstos abarquen más de un ejercicio fiscal, los contratos deberán renovarse para un nuevo ejercicio, esta definición está contenida en el Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de la República de Guatemala; dentro de este Manual, se incluyen a las entidades descentralizadas y autónomas.

Este personal difiere del personal que se contrata con cargo al renglón presupuestario 029 (Otras remuneraciones para el personal temporal), aunque comúnmente en ambos casos se escucha decir a las personas que están contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios técnicos y profesionales, que es “Personal por contrato”, pero son dos formas de contratación totalmente distintas, para ello es imperativo hacer esa diferenciación entre uno y otro, porque existe la tendencia a confundir, sin embargo el Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de la República de Guatemala, nos permite una visión objetiva y más amplia para no incurrir en error a quien interpreta las distintas formas de contratación, adicionalmente a las que regula la Ley de Servicio Civil.

Al personal por contrato que se financia en el renglón presupuestario 022, del presupuesto de egresos de las instituciones del El Estado, tiene una diferencia extrema con el que se presenta con cargo al renglón 029, porque éste (022) tiene derecho a todas las prestaciones laborales que tienen los demás trabajadores (personal permanente que se contrata con el renglón presupuestario 011 (se le denomina según la Ley de Servicio Civil, Servidor Público), es decir se les cancela en caso de despido injustificado indemnización, en Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo que está contemplado el Retiro Voluntario acordado entre las partes (patronal-laboral), gozan de este derecho, para el efecto que puedan percibir el pago de prestaciones por retiro, tal

porque los asimilan a los demás servidores públicos, se les hace efectivo su bonificación anual, aguinaldo, vacaciones, licencias con o sin goce de salario, bono vacaciones y demás prestaciones adicionales reflejadas en convenios colectivos.

La similitud que tienen ambas formas de contratación es que ambos contratos debe renovarse cada año, sin embargo para el personal por contrato, el Organismo Ejecutivo a través del Ministerio de Finanzas Públicas en coordinación con la Oficina Nacional de Servicio Civil, emite un acuerdo gubernativo de carácter general para todas las instituciones de el Estado, por medio del cual se autoriza bajo ciertas condiciones la prórroga de los contratos 022, con el objeto que no se interrumpa la relación laboral de estos trabajadores, adicionalmente este acuerdo gubernativo, determina que cada entidad del Gobierno Central, debe emitir un acuerdo interno en donde se renuevan los contratos para otro ejercicio más o por el tiempo que la autoridad nominadora determine procedente. Por situaciones de economía procesal administrativa, las dependencias del Estado emiten un acuerdo ministerial por dependencia en la cual se renuevan los contratos de las personas que laboran en las mismas, porque de lo contrario se tendrían que faccionar tantos contratos a renovarse, tal es el caso como ejemplo el Ministerio de Finanzas Públicas, en donde existen aproximadamente quinientas personas que prestan sus servicios por Contrato.

Si bien es cierto, existen estas similitud, hay diferencias muy grandes además de los derechos laborales que percibe el personal por contrato y el personal contratado para prestar sus servicios técnicos y profesionales, vale la pena mencionar en este caso, que el personal por contrato cotiza al régimen de clases pasivas civiles de El Estado, ello para que al cumplir los veinte años de servicios sin importar la edad o cincuenta años de edad y por menos diez años de servicios, pueda gozar de los beneficios al amparo de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado; asimismo, se les hace el respetivo descuento par el pago de las cuotas mensuales destinadas al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y tiene la opción de poder afiliarse a las organizaciones sindicales de las entidades en las cuales prestan sus servicios, aspecto que es congruente con el Convenio Internacional del Trabajo número 87, porque

citando siempre el ejemplo del referido Ministerio, en el ámbito de aplicación del Pacto Colectivo de Condiciones de Trabajo, incluye a este personal, no es excluyente en tanto que las personas que prestar sus servicios técnicos y profesionales si no pueden formar parte del Sindicato, tema que podría enfocarse desde otro ángulo con el objeto de establecer si con ello no se viola el principio de la libre sindicalización.

En la actualidad se está realizando un estudio en el citado Ministerio, con el objeto de que el persona por contrato, sea transferido al personal que se denomina permanente, esta situación técnicamente es posible, por cuanto que no implica costos para el estado, por en contrario el trabajador se siente seguro en su puesto de trabajo, porque sucede que cada vez que se está a punto de terminar un ejercicio fiscal, la mayoría de empleados, se encuentra ante una incertidumbre si su contrato será renovado, lo cual provoca en los últimos meses de cada año, tal como se ha comprobado, enfermedades de tipo nervioso en los trabajadores, disminución en rendimiento de éstos, porque el temor a ser despedidos invade la esfera de la masa laboral, ello principalmente porque se ha determinado que no existe una evaluación del desempeño objetiva, simple y sencillamente el trabajador está en manos del Director de cada dependencia y la experiencia ha demostrado que evidentes casos en los cuales los trabajadores no tienen ninguna falta en su file personal, pero simple y sencillamente no son del agrado de los funcionarios, y éstos optan por ya no renovar los contratos.

Esa situación implica una conflicto de carácter laboral en donde los Sindicatos tienen una ardua tarea para intervenir en aquellos casos que la terminación del contrato no tiene un sustento, porque si el trabajador durante todo el ejercicio fiscal ha demostrado su capacidad, responsabilidad, dedicación y no tiene antecedentes en récord laboral se hacen los esfuerzos necesarios para lograr su continuidad en su relación laboral.

CAPÍTULO IV

4. Del convenio internacional de trabajo número noventa y cuatro (94)

4.1 Antecedentes:

Como parte integral en el desarrollo de esta investigación, es necesario tomar en cuenta la importancia que tiene para el tema, la Organización Internacional del Trabajo, conocida por sus siglas como la OIT, en virtud que esta entidad es garante para el cumplimiento de las obligaciones generadas por una relación de trabajo y principalmente lo relacionado con el Convenio Internacional del Trabajo número noventa y cuatro (94), con el objeto de tener una visión objetiva de lo que representa esta Organización y los instrumentos que se emiten en la misma para una correcta aplicación de normas laborales que protegen a los trabajadores en forma general.

En ese contexto, si cualquier nación no optare por un régimen de trabajo e n el cual no tome en cuenta el factor humano, se constituye o se forma un obstáculo bastante difícil de superar, para lo cual existen los distintos Convenios que han sido aprobados y ratificados por la mayoría de países que conforman la referida Comisión, en tal sentido, queda claro que la OIT, constituye el marco institucional internacional que hace posible abordar o conocer os distintos tópicos que permiten memorar en forma generalizada las condiciones de los trabajos y por ende de los trabajadores al servicio de instituciones públicas y privadas. Esta Organización Mundial es y ha sido una fuente en la cual se hacen búsqueda en las conquistas de índole laboral y social que han caracterizado a una sociedad agobiada por la globalización, con el objeto que se pueda legislar favorablemente a favor de dichos trabajadores , tomando como argumento que “La paz universal y permanente solo y solo puede basarse en la justicia social.

4.2 La Organización internacional del trabajo (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo –OIT-, fue creada por el Tratado de Versalles en el año de 1919, cuando se creó la Sociedad de las Naciones, su creación respondió principalmente con el propósito de promover la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo para mejorar las condiciones de vida de los trabajadores implicados en la injusticia y en la miseria, adicionalmente , entre otras cosas también se consideró la toma de conciencia después de la Primera Guerra Mundial, puesto que ello contribuyó a llevar a cabo reformas sociales que reflejaban la firmeza o convicción que dichas reformas solo podían realizarse con el apoyo internacional. Posterior a la Segunda Guerra Mundial, la OIT, adoptó la Declaración de Filadelfia, acerca del propósito y las metas de la referida Organización, dentro de su Constitución de 1944, el mandato establecido para adoptar las Normas Internacionales del Trabajo fue ensanchado para incluir áreas relativas a las políticas sociales, a los derechos humanos y civiles, con lo cual reafirmó sus principios fundamentales, ya que esta declaración anticipó el acceso a la independencia de numerosos países y anunciaba el inicio de un importante esfuerzo de cooperación técnica.

En 1946, la Organización Internacional del Trabajo se constituyó como el primer organismo especializado asociado a la reciente Organización de las Naciones Unidas, en 1969, por cumplirse 50 años de su fundación, la OIT que fuera galardonada con el Premio Nóbel de la Paz, como un reconocimiento a los esfuerzos conjuntos de los países que la integran.

La Conferencia Internacional del Trabajo se reúne una vez al año, estableciendo normas internacionales mínimas del trabajo y define las políticas generales de la Organización; se financia a través de las aportaciones que cada país miembro entrega. La referida Conferencia es también un foro internacional en el cual se discuten problemas laborales y sociales que representan un alcance a nivel mundial. Entre dos sesiones de la Conferencia, las actividades propias de la OIT, son dirigidas por el Consejo de Administración, este está compuesto por 14 miembros que

representan a la parte empleadora y 14 miembros representando al sector laboral. La Oficina Internacional del Trabajo, cuya sede se encuentra en Ginebra, es el Secretariado de la Organización y funciona como un centro operativo de investigación y de publicaciones que contienen todos los textos y documentos elaborados en el seno y como parte de los temas investigativos en materia laboral por parte de la citada entidad.

La OIT, fundamenta sus actividades en cuatro grandes objetivos estratégicos principales que son:

- a) Promover y materializar las normas laborales, así como los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
- b) Crear mayores oportunidades para las mujeres y hombres que aseguren un empleo digno.
- c) Aumentar la cobertura y la eficacia de la protección social para todos.
- d) Fortalecer el tripartismo y el diálogo social.

Como se ha indicado, en 1944 la Conferencia Internacional del Trabajo, reunida en Filadelfia, emitió la Declaración de Filadelfia en la que se definen nuevamente los fines y objetivos de la Organización basándose en los principios de:

- El trabajo no es una mercancía
- La libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante
- La pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos
- Todos los seres humanos sin distinción de raza, credos o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades.

En 1998 la Conferencia Internacional ya mencionada, adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en la que se reafirma el compromiso de la comunidad internacional de respetar promover y hacer realidad de

buena fe, la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva de los trabajadores con los patronos.

Una de las funciones más antiguas e importantes de la OIT consiste en establecer normas internacionales bajo la forma de convenios o recomendaciones. Estos instrumentos son adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo, órgano tripartita que reúne a los trabajadores y a los gobiernos. Los Estados Miembros que ratifican un convenio tienen la obligación de aplicar sus disposiciones. Las recomendaciones que no requieren ratificación, les brindan orientaciones sobre las políticas, legislación y práctica que adoptan en el plano nacional.

Los convenios y las recomendaciones adoptadas desde 1919 abarcan prácticamente todas las cuestiones que se plantean en el mundo del trabajo, el respeto a los derechos humanos fundamentales, la administración del trabajo, las relaciones laborales, la política de empleo, las condiciones de trabajo, la seguridad social, la seguridad y salud en el trabajo, el empleo de la mujer, el empleo de ciertas categorías especiales, lo relacionado con la prestación de servicios técnicos y profesionales. Cada Estado Miembro tiene que someter todos los convenios y recomendaciones adoptados por la Conferencia a las autoridades nacionales competentes para que éstas decida la acción a emprender. Existe un procedimiento especial para procesar las quejas por violación de la libertad sindical. Una de las misiones más importantes de la OIT es promover el empleo productivo y libremente escogido, condición sin la cual no se puede conseguir ni el desarrollo social y económico ni la realización personal. La mundialización que ha traído consigo tanto un aumento de la prosperidad como de las desigualdades, pone a prueba los límites de nuestra responsabilidad colectiva. Ahora más que nunca, la Organización sigue comprometida en alcanzar el pleno empleo del mundo entero, Para este fin y que sea en condiciones de igualdad, seguridad y dignidad la OIT, en contacto permanente con los patronos-trabajadores, empleadores y gobiernos contribuye a elaborar políticas innovadoras en materia de empleo de mercado de trabajo y formación.

Bajo ese punto de vista, dentro de los objetivos de la OIT se pueden mencionar los siguientes:

- Proporcionar a sus mandantes los instrumentos que necesitan para analizar la evolución de la actividad económica y del mercado de trabajo, así como elaborar y negociar políticas y programas eficaces de fomento del empleo a nivel mundial y regional.
- Aplicar eficazmente políticas y programas que contribuyan a revalorizar las actividades del sector informal.
- Asesorar a los gobiernos de los países en proceso de transición de una economía planificada centralizada a una economía de mercado, sobre todo el campo de las políticas de empleo, de mercado y de recursos humanos.
- Adoptar o reforzar programas diseñados especialmente para ciertas categorías de trabajadores.

Desde comienzos de los años cincuenta la OIT ha brindado asistencia técnica a países de todas las latitudes y de todos los niveles de desarrollo económico. En el pasado decenio, el gasto medio anual en proyecto de cooperación técnica fue de 130 millones de dólares, estos proyectos se llevan a cabo en estrecha colaboración entre los países receptores donantes y la OIT que mantiene a tal efecto una red de oficinas regionales y de zona en todo el mundo. A través de estos proyectos de cooperación técnica, la OIT busca principalmente favorecer la implementación, a escala nacional del programa de acción a favor del trabajo ayudando a sus mandantes a concretizar este objetivo para hombre y para cada mujer, la adopción de la Declaración que se refiere a los principios y derechos fundamentales en el trabajo ha dado un mayor impulso a los programas de cooperación técnica vinculados con la acción normativa de la OIT. En el contexto que se estudia, debe quedar claro que Las Normas Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, adoptan la fórmula de Convenios y Recomendaciones, los cuales siempre van a estar supeditadas a la ratificación correspondiente.

4.3 Que es un convenio internacional de trabajo:

Un Convenio Internacional de Trabajo es un instrumento, que permite a los trabajadores garantizarles sus derechos ante el Patrono, en el entendido que si se dieran violaciones a los relacionados Convenios Internacionales, el trabajador está en todo su derecho para acudir a las instancias legales correspondientes, a efecto que se respeten los mismos, para ello existen procedimientos preestablecidos que las diversas organizaciones sindicales pueden hacer valer ante dicho Organismo Internacional; adicionalmente, las leyes ordinarias de cada país, vinculan los derechos de los trabajadores con los Convenios o Tratados Internacionales, en ese orden de ideas la misma Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza como mínimos los derechos consagrados en la Carta Magna, los cuales son susceptibles de ser superados a través de la negociación colectiva, respaldada a través de Convenios Internacionales.

4.4 Procedimiento de la elaboración de convenios en la Organización Internacional del Trabajo:

Para la elaboración de Convenios en la Organización Internacional de Trabajo, se dan las siguientes etapas o procedimientos establecidos en el seno de esa organización internacional las cuales son las siguientes:

4.4.1 Primera etapa:

Consiste en que el Consejo de Administración de la OIT, compuesto o integrado en forma tripartita, Empresarios-Trabajadores-Gobierno, decida durante la reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, se discuta un tema determinado con miras a que el mismo pueda constituirse en un Convenio, revisión o recomendación sobre éste.

4.4.2 Segunda etapa:

Los Miembros de la Oficina Internacional del Trabajo, que ya se mencionó en este Capítulo, preparan un informe sobre la legislación, normatividad o práctica relativa al tema seleccionado y envía el mismo a los Estados Parte, adjuntándoles un cuestionario sobre el tema que se va a estudiar o tratar.

4.4.3 Tercera etapa:

Esta corresponde a los respectivos Gobiernos, ya que tienen la obligación de consultar con las organizaciones de patronos o empleadores y a las de trabajadores más representativas, para que formulen sus propuestas, sugerencias u observaciones sobre el tema de que se trata.

En esta virtud, corresponde a la OIT ordenar y atender las observaciones relacionadas por los distintos Estados Parte, con el objeto de integrar un nuevo informe, el que será discutido en la próxima reunión de la Conferencia de la OIT. En esa primera discusión, los delegados participantes decidirán si el tema que se está tratando deberá ser objeto de un Convenio o de una recomendación. Si se tratase de una revisión de un convenio, se decidirá si éste debe ser revisado y cuando. Los estados Parte, en consulta con los trabajadores y empleadores, deberán remitir sus comentarios a la Oficina Internacional del Trabajo, en base a dichos comentarios, se elabora un nuevo proyecto de convenio, el que será la base de las discusiones en la reunión de la Conferencia.

4.4.4 Cuarta Etapa:

Esta es la última a lo interior de la OIT, que consiste en la discusión y aprobación, en la misma se debaten y expresan las opiniones sobre cada artículo del proyecto de Convenio y en forma continua se van construyendo los acuerdos sobre cada parte del texto que se pretende elaborar.

Una vez aprobado un Convenio en la OIT, cada Estado miembro tiene la obligación de someter el convenio adoptado a los órganos facultados para ratificar un instrumento o un Convenio Internacional según sea el caso. Cada Estado parte, deberá comunicar su decisión de ratificar, es decir aceptar su validez en el país, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, y si así se diere el caso, se obliga a cumplir con el contenido del Convenio y adoptar las medidas necesarias para su aplicación en su territorio nacional. Mientras un Estado Parte no exprese su voluntad de ratificar el convenio, éste no lo obliga; no importa que sus representantes ante la OIT hayan votado a favor en la Reunión de la Conferencia que lo adoptó. Se considera que un Convenio entra en vigencia doce meses después de la fecha en que hayan sido registradas las ratificaciones de dos Estados Miembros, a partir de la vigencia de un nuevo convenio y que modifica uno existente, ya no existe la posibilidad de ratificar el anterior para los países que nunca lo hicieron; el Convenio que haya sido ratificado seguirá vigente para los Estados miembros que lo hayan ratificado, mientras no lo hagan respecto al nuevo Convenio aprobado.

4.5. Estructura del Convenio Internacional de Trabajo número noventa cuatro (94)

El Convenio Internacional ya citado, contiene las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas, dicho Convenio entra en vigor el 20 de septiembre de 1952 y para la República de Guatemala el 13 de febrero de 1953, encontrándose a la fecha vigente y de aplicación obligatoria para los países que lo ratificaron a través de los mecanismos legales establecidos para el efecto.

La estructura del referido Convenio, en la parte introductoria, establece que la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, adopta con fecha 29 de junio de 1949, el Convenio sobre las cláusulas de trabajo que deben contener los contratos celebrados por las autoridades públicas.

El citado Convenio está integrado por 19 artículos, de los cuales se hace una breve descripción en términos generales del contenido de cada uno de ellos, específicamente lo que atañe a la contratación de servicios técnicos y/o profesionales celebrados en la Administración Pública.

a) Artículo 1. Contiene las condiciones que deben reunir los contratos para que el Convenio sea aplicado y en ese sentido algunas condiciones son:

a) Que al menos una de las partes sea una autoridad pública

b) Que la ejecución del contrato entrañe:

i) **El gasto de fondos por una autoridad pública, y**

ii) El empleo de trabajadores por la otra parte contratante

c) Que el Contrato se concierte para:

iii) **La ejecución o suministro de servicios;**

d) Que el contrato se celebre por una autoridad central de un Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para la cual se halle en vigor el Convenio.

b) Artículo 2., se puede determinar que este artículo es esencial para el caso que se estudia por que en el numeral 1 del mismo, claramente preceptúa que “Los contratos a los cuales se aplique el presente convenio deberán contener cláusulas que garanticen a los trabajadores interesados salarios (comprendidas asignaciones), horas de trabajo y demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región”

- c) **Artículo 3**, obliga a la autoridad competente a tomar medidas que garanticen a los trabajadores, condiciones de salud, seguridad y bienestar justas y razonables, aspectos que en varios países como Guatemala, se obvian en virtud de no cumplirse a cabalidad con la obligatoriedad expresada en este artículo.
- d) **Artículo 4**, establece que las leyes, reglamentos u otros instrumentos que den cumplimiento a las disposiciones del presente convenio deben ponerse en conocimiento de todos los interesados en lugares visibles; mantener registros adecuados en los que figure el tiempo que se ha trabajado y los salarios pagados y un sistema adecuado que garantice su aplicación efectiva.
- e) **Artículo 5**, dispone sobre las acciones a seguir en caso de que no se apliquen las disposiciones de las cláusulas de trabajo incluidas en los contratos celebrados por las autoridades públicas.
- f) **Artículo 7**, regula la forma de procederse en el caso que el territorio de un Miembro tenga regiones extensas a causa de la diseminación de la población o del estado de su desarrollo económico, la autoridad competente estime impracticable aplicar las disposiciones del Convenio; así como las causas para excluir a determinadas regiones y otros aspectos vinculados.
- g) **Artículo 8**, contiene la facultad para suspender temporalmente la aplicación de las disposiciones de este Convenio, caso de fuerza mayor o de acontecimientos que ponga en peligro el bienestar o seguridad nacional.
- h) **Artículo 9**, Estable en que casos no aplica el citado Convenio, haciendo una descripción sobre tales extremos, entendiéndose en este caso, que el Convenio de mérito, si es aplicable en la prestación de los servicios técnico-profesionales, por tratarse de servicios y darse los presupuestos o condiciones establecidas en el mismo Convenio para que sean aplicables sus estipulaciones.
- i) **El artículo 10**, determina que las ratificaciones formales del Convenio, deben ser comunicadas para su registro, al Director de la Oficina Internacional del Trabajo.
- j) **Artículo 11**, indica que el Convenio obligará a los Miembros de la OIT cuyas ratificaciones haya registrado el Director General indicado en la literal anterior.
- k) **Artículo 12**, estipula los requisitos que debe contener las declaraciones comunicadas al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, de

conformidad con el párrafo 1 del artículo 35 de la Constitución de la OIT.

l) Artículo 13 resulta un complemento a las estipulaciones a que se refiere el artículo 12 del presente Convenio.

m) Artículo 14 contiene las condiciones para denunciar el Convenio.

n) Artículo 15, se relaciona con las Notificaciones que hace el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo respecto al registro de cuantas ratificaciones, declaración y denuncias le comuniquen los Miembros de la Organización.

o) Artículo 16, sobre la información que el referido Director General debe de dar al Secretario General de las Naciones Unidas (ONU) para cumplir con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, para los efectos del registro respectivo.

p) Artículo 17, establece que el Consejo de Administración de la OIT, presentará a la Conferencia General memoria sobre la aplicación del Convenio y la posibilidad de su revisión total o parcial.

q) Artículo 18 las consecuencias derivadas de un nuevo Convenio que implique una revisión total o parcial del presente.

r) Artículo 19, expresa que el Convenio está redactado en versiones inglesa y francesa y que éstas son auténticas.

s) Tiene un apartado final denominado "Anotaciones" en el cual indica que el Convenio 94 ha sido ratificado por diversos países, entre ellos la República de GUATEMALA, en consecuencia es pertinente tomar en cuenta que si Guatemala es signatario de este Convenio, deben cumplirse con todas y cada una de sus estipulaciones, condiciones y requisitos, consecuentemente deviene procedente que los trabajadores tengan conocimiento de los beneficios que se otorgan al amparo de este Convenio y bajo ningún concepto permitir que se menoscaben o tergiversen los derechos consagrados en el mismo.

4.6. Aplicación del Convenio en la suscripción de los Contratos para prestar servicios técnicos y profesionales.

La aplicación del Convenio Internacional del Trabajo número noventa y cuatro (94), deviene procedente su aplicación en la suscripción de los Contratos para prestar servicios técnicos y profesionales en la Administración Pública, en virtud que se

dan los presupuestos legales establecidos en dicho instrumento para tal efecto. Dicha afirmación se sustenta en las consideraciones siguientes;

Una de las partes es autoridad pública; toda vez que la persona que se contrata con cargo al renglón presupuestario 029, suscribe un contrato con la autoridad administrativa pública que de conformidad con la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto 52-97 del Congreso de la República corresponde, para estos casos, la persona contratada debe cumplir con varios requisitos establecidos, tales como constituir fianza de cumplimiento, inscribirse como Pequeño Contribuyente, si sus honorarios no superan los cinco mil quetzales mensuales, durante un ejercicio fiscal, en virtud que si se supera tal cantidad, ante la Superintendencia de Administración Tributaria debe inscribirse como Contribuyente Normal, es decir que sus obligaciones Tributarias se amplían a las de un Pequeño Contribuyente, toda vez que como contribuyente normal, debe, cumplir con otros requisitos tales como el pago del doce por ciento mensual sobre los honorarios que percibe, llevar el registro contable a través de los Libros que por mandato legal le obliga la SAT, en ambos casos deben extenderse las facturas respectivas, adicionalmente en estos casos, se pretende que cada entidad pública, cuente con la fuente de financiamiento correspondiente, ello implica que en la formulación del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, para cada Ejercicio Fiscal, se contempla o se hace una estimación del rubro que corresponde a la contratación de servicios y a través de una ley ordinaria se pretende que este renglón no se incremente durante la ejecución presupuestaria.

Implica el gasto de fondos por una autoridad pública; ya que los recursos con los cuales se cancelan los honorarios del contratado, provienen del Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para cada Ejercicio Fiscal, dichos ingresos se constituyen en fondos debidamente autorizados en los respectivos presupuestos de las entidades que contratan bajo este sistema, para el efecto las entidades de la administración central, en la etapa de formulación del presupuesto, deben considerar dentro del mismo, el monto que será asignado para el pago, ya que el renglón presupuestario por medio del cual se pagan los honorarios de estas personas, de conformidad con la Ley que se emite para cada ejercicio fiscal, no puede

incrementarse, por lo que tienen las entidades que ser bien objetivas para establecer el monto que incorporarán en sus respectivos presupuestos de egresos.

Se ejecutan servicios; claramente puede establecerse en los contratos respectivos, que a quienes se contrata bajo esta clase de contratos, prestan sus servicios de índole técnica o profesional, por lo tanto se contrae este aspecto al hecho que la prestación de servicios lleva implícito la aplicación del Convenio objeto de estudio, porque son servicios los que presta el contratado, ya sean de índole técnico, técnico-profesional o profesional, pero se llega al extremo que las mismas autoridades le otorgan a quien presta estos servicios la connotación de empleados permanentes, por cuanto que se les asigna equipo para trabajar, debe registrar su ingreso y egreso de las labores, llegando inclusive al extremo de sancionar con amonestaciones verbales y escritas, al amparo del artículo 74 de la Ley de Servicio Civil y 80 de su Reglamento, por lo tanto, se desvirtúa el Contrato propiamente dicho, ya que según éste, no debe tener un horario establecido, pero en las dependencias que se investigan, la mayoría de personas que laboran con cargo a este renglón, cumplen con todos los requisitos que deben cumplir los servidores públicos en general, por lo tanto desde ese momento el contratado con cargo al renglón presupuestario 029, se constituye en un trabajador permanente que es sujeto de todos los derechos y obligaciones que contempla la Ley de Servicio Civil.

En concordancia con las apreciaciones anteriormente referidas, cabe mencionar que en estos contratos, atendiendo a lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio citado, deberán contener cláusulas que garanticen a los trabajadores interesados salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria de la misma región, en tal sentido, al revisar un contrato de los que se celebran en la actualidad, puede determinarse fehacientemente que no contemplan ninguna de las garantías a que hace referencia el instrumento legal en referencia, lo cual contradice la normatividad contenida en el documento que se estudia, por lo tanto, esta investigación pretende sentar las bases para garantizar que a estas personas no Se ejecutan servicios;

claramente puede establecerse en los contratos respectivos, que a quienes se contrata bajo esta clase de contratos, prestan sus servicios de índole técnica o profesional, por lo tanto se contrae este aspecto al hecho que la prestación de servicios lleva implícito la aplicación del Convenio objeto de estudio, porque son servicios los que presta el contratado, ya sean de índole técnico, técnico-profesional o profesional, pero se llega al extremo que las mismas autoridades le otorgan a quien presta estos servicios la connotación de empleados permanentes, por cuanto que se les asigna equipo para trabajar, debe registrar su ingreso y egreso de las labores, llegando inclusive al extremo de sancionar con amonestaciones verbales y escritas, al amparo del artículo 74 de la Ley de Servicio Civil y 80 de su Reglamento, por lo tanto, se desvirtúa el Contrato propiamente dicho, ya que según éste, no debe tener un horario establecido, pero en las dependencias que se investigan, la mayoría de personas que laboran con cargo a este renglón, cumplen con todos los requisitos que deben cumplir los servidores públicos en general, por lo tanto desde ese momento el contratado con cargo al renglón presupuestario 029, se constituye en un trabajador permanente que es sujeto de todos los derechos y obligaciones que contempla la Ley de Servicio Civil.

CAPÍTULO V

5. Tergiversación a disposiciones legales al no cumplirse con el convenio internacional del trabajo número noventa y cuatro (94) con la suscripción de contratos de servicios técnicos y profesionales

5.1. Consideraciones generales:

Es importante para el desarrollo de este Capítulo tomar en cuenta que como se ha reiterado a lo largo de la presente investigación, que existe una total tergiversación a disposiciones legales que protegen a los trabajadores sea cual sea la denominación que se le pretenda dar a este tipo de contratos. En tal sentido enfocando el tema a acciones relativas a contratos aparentes de servicios que aparentemente ocultan una relación de servicios personales subordinados, afectos a la Ley de Servicio Civil o incluso de cláusulas de contratos de trabajo que derechamente infringen normas laborales de orden público, y es allí cuando el trabajador se ve en desventaja ante la autoridad que lo contrata porque no ha reclamado durante la vigencia del vínculo contractual sobre la simulación o las cláusulas irregulares de un contrato de trabajo. Dicha inactividad lleva al trabajador a acudir a la Corte de Constitucionalidad para hacer valer sus derechos ya por presumir mala fe por parte de la Autoridad Contratante o por desconocimiento de las leyes laborales, pero esto de ninguna manera puede constituir una exención para el Estado y sus entidades descentralizadas y autónomas, si tomamos en cuenta que la misma Ley del Organismo Judicial, establece que ante la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, desuso o práctica en contrario.

En nuestro país pronto podrá llegarse a la jurisprudencia respecto a reclamaciones de trabajadores que se contratan con cargo a este renglón de gasto 029 (personal por contrato), porque las sentencias que se han emitido a favor de los trabajadores se están buscando los mecanismos para que ya no violen sus derechos, porque de no ser así, podría indicarse que los mismos tribunales de trabajo, se asientan en una grave e inexcusable desconocimiento del Derecho del Trabajo, sus

alcances desarrollo y básicamente la misma ley nacional que se describe en adelante. Ante ello, sus consecuencias son tan graves que ponen en riesgo los cimientos básicos de esta disciplina. Aparte de equivocada es extremadamente injusta porque se construye sobre la ficción y no sobre la realidad de los hechos sociales y materiales en los cuales los trabajadores tratan de alcanzar sus beneficios que son conculcados. Para una mejor comprensión de las consideraciones generales que se desarrollan en el entorno de la contratación de personal con cargo al renglón presupuestario 029 (personal por contrato), se enuncia a continuación una serie de apreciaciones técnico-jurídicas, que permitirán una mejor visualización respecto al tema objeto de estudio.

No se produce el hecho que las partes en la negociación contractual laboral actúen en un nivel de igualdad, porque en nuestro país, se clarifica que la parte contratante impone sus condiciones basada en la necesidad del trabajador. Sólo el reconocimiento de igualdad en la parte trabajadora podría mejorar la relación contractual para poder suscribir un contrato de trabajo sin infracción a las garantías mínimas legales, que la misma Ley Suprema otorga.

El contenido del contrato se extiende incluso a la elección de la calificación jurídica del mismo o de la normativa que regulará el vínculo, como es del conocimiento, en nuestro caso, el Convenio objeto de estudio, no es tomado en cuenta y se aplican normatividades que a todas luces tergiversan la Carta Magna, porque no se cumplen con los presupuestos que estipula el Convenio relacionado, por más que ello involucre transgredir normas de orden público. Dicho en otro términos, la se pierde la majestad al principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral.

Cuando se trata de explicar la razón de ser del Derecho del Trabajo, su carácter tutelar hacia los trabajadores, los sus supuestos sociológicos básicos que lo inspiran, no es el objetivo básico o primordial de este tema, sin embargo si es importante conocer que históricamente el Derecho del Trabajo contenido dentro de la legislación guatemalteca, pretende defender los derechos de los trabajadores ante las injusticias que se reflejan en la celebración de estos contratos en los cuales, existe evidente

desventaja entre Patrono-Trabajador; por lo tanto como una consideración general, es importante tomar en consideración que el Derecho del Trabajo es base fundamental al tomar en cuenta los principios fundamentales de esta Rama del Derecho, en concordancia con ello, es pertinente determinar y tomar en cuenta los distintos Tratados Internacionales de los cuales Guatemala, es signataria y como consecuencia de ello, las Autoridades de la Administración Central, deben ser respetuosas de su cumplimiento, porque debe de determinarse concretamente la ley que prevalece de acuerdo a nuestras propias normas que nos inducen a la aplicación de Tratados Internacionales. El Derecho del Trabajo nace, se desarrolla y consolida precisamente para dar protección al más débil, estableciendo un marco normativo obligatorio, de orden público, irrenunciable e indisponible, que regirá por encima de su voluntad o intención.

La negociación contractual laboral de carácter individual, a diferencia de civil se hace entre partes desiguales. El antiguo y molesto imperativo de procurarse el alimento personal y familiar diario que afecta a quienes sólo pueden obtener sus medios de vida, a través de la suscripción de un Contrato para la Prestación de Servicios Técnicos y Profesionales, lo obliga a aceptar las condiciones bajo las cuales se realiza la contratación, pero al mismo tiempo, el trabajador debe ser conocedor de sus derechos contenidos en el Convenio Internacional objeto de este estudio, con el objeto de evitar el desequilibrio que pone el patrono en situación de imponer las condiciones que la ley interna pretende imponerle.

No obstante la tutela normativa que otorga el Convenio de la OIT ya tantas veces mencionado, en la vida real se generan situaciones en todos estos contratos actos que realiza la administración pública para no otorgarle a los trabajadores los derechos que por mandato constitucional tienen derecho y con ello se tergiversa totalmente una normativa plenamente establecida y de carácter obligatorio. Ante esta situación que se vive en nuestro país cabe preguntar ¿Está en condiciones el trabajador de reclamar que tergiversen sus derechos laborales a través de un contrato de trabajo que incumpla en el texto o en su desarrollo práctico una prestación pactada

o garantizada legalmente?, estimo que la respuesta, es que el trabajador sí tiene la certeza jurídica de reclamar ante los órganos jurisdiccionales respectivos la violación a éstos derechos. El trabajador que se somete a suscribir un contrato de esta naturaleza, en perjuicio de sus derechos, no lo hace por que sea ignorante sino porque no tiene otra posibilidad de solucionar su necesidad de subsistir y percibir por lo menos un estipendio que le permita vivir en forma decorosa o al menos satisfacer parte de sus necesidades. Quien así no lo entienda le da sus espaldas a la realidad y, por lo mismo, abre espacio al dominio de la apariencia por sobre la verdad, es decir el abuso por sobre el respeto a los derechos.

Es preocupante que nuestros jueces en cualesquiera de las Instancias que regula el Código de Trabajo, estén de tal manera desconectados de la realidad, que hayan llegado a privilegiar doctrinas incompatibles en escenarios de relaciones jurídicas sui generis, como las laborales contractuales, en que el contexto sociológico en que se desenvuelven hacen inviable plantearse un dominio absoluto de la autonomía de la voluntad, que es uno de las características de estos Contratos.

En el ámbito de esta disciplina no son las partes las llamadas a calificar los vínculos contractuales sino el marco normativo objetivo dispuesto con carácter de orden público irrenunciable, basado en las normas reguladas en la Constitución Política de la República de Guatemala. Toda vez que se celebre un contrato de prestación de servicios y éstos se entren a prestar bajo situación de dependencia, se aplican los beneficios inherentes a los demás trabajadores que realizan actividades de la misma naturaleza aun cuando ello no hubiera sido la intención de las partes. Tratándose de dos personas que (una persona jurídica y un particular) han actuado al establecer la contratación, uno de ellos de mala fe, la mano de la ley cae pesada sobre quien así lo haga, tal como se ha comprobado con las personas que han demandado al Estado para que les sean resarcidos sus derechos que se han conculcado, de tal manera que el trabajador puede reclamar los derechos mínimos que el mismo Estado le garantiza. En ese orden de ideas el empleador, quien necesariamente ha de reputarse que

también ha actuado de mala fe, sane afectado cuando es condenado por los Tribunales competentes al pago de las prestaciones que no hizo efectivas al trabajador contratado.

Cuando sucede el hecho que como resultado de las acciones planteadas ante los tribunales laborales, se deja sin efecto las demandas de los trabajadores afectados, se infiere que es la parte más débil, quien pierde sus derechos laborales que la Carta Magna y el Convenio Internacional Número Noventa y Cuatro (94) aseguran como mínimos y que no pueden disminuirse, menoscabarse o tergiversarse dejando en la impunidad a la parte más fuerte que en este caso, resulta ser el mismo Estado, razón por la cual de esta forma elude el cumplimiento de elementales obligaciones laborales repugna el sentido de la justicia. Se cohonesto una situación verdaderamente inicua, transgrediendo el máximo valor del ordenamiento jurídico cual es el de la equidad.

Un contrato para la prestación de servicios técnicos y profesionales afecta exclusivamente a la parte que es contratada porque está totalmente en desventaja en cuanto a los demás trabajadores, que en nuestra legislación les denomina “servidores públicos”, porque las mismas disposiciones que regulan éstos contratos indican que las personas contratadas bajo este sistema “no tienen la calidad de servidores Públicos. Es la administración central la que fija como imperativo de convivencia el que determinadas relaciones jurídicas entre sus miembros se atengan a determinadas normas de cumplimiento imperativo. Es esto lo que ocurre no sólo en materia laboral sino que en todos los demás ámbitos donde el orden público está comprometido, por cuanto que además se le excluye de se le excluye de la afiliación al sistema de seguridad social, planes de previsión social y demás beneficios, siendo solamente sujeto de obligaciones de carácter tributario, quedando en el desamparo ante la invalidez, vejez, muerte, infortunios laborales o comunes.

Es contundente el hecho que no es necesario ir a las normas de irrenunciabilidad propias del Derecho Laboral para reparar en que la celebración de estos contratos afectan directamente al trabajador, si no se cumplen con las estipulaciones contenidas en el Convenio Internacional ya citado, aunque haya sido

incluso consentido por el trabajador, pero sabiendo los motivos que lo inducen a suscribir un contrato de esta forma, porque no puede afectarse intereses de terceros ajenos como los de la propia familia del trabajador que resulta también dañada.

5.2 Principio de igualdad:

El artículo 4., de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece la igualdad de derechos para todos los ciudadanos del país, en tal sentido, veo con mucha preocupación que se esté violentando este artículo con la suscripción de los contratos objeto de la investigación, toda vez que la Ley Suprema misma contiene, tal como lo veremos en adelante según la jerarquía de las normas Convenios ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre las leyes internas del país, es decir que en este caso, al existir un Convenio que protege a los trabajadores, las estipulaciones que vayan en contra de éste son nulas ipso jure, ya que en nuestro país todas las personas somos iguales en derechos y obligaciones, ninguna persona puede ser superior a la ley, por más que se le quiera dar un tinte político a esta contratación, como podemos darnos cuenta, la característica sui-géneris de este tipo de contratos, son tan especiales que implican un conflicto de leyes entre estos y el Convenio Internacional del Trabajo número 94.

5.3 Principio Indubio-Pro-operario

Para una mejor comprensión o entendimiento del objeto de este trabajo, al incluir lo que es este principio, tiene una razón fundamental, porque adicionalmente a todo lo que se ha indicado, nuestra ley suprema es sumamente clara, al indicar que en cuanto a la interpretación o alcance de disposiciones en materia laboral, debe interpretarse en el sentido que más favorezca a los trabajadores, y que son nulas de pleno derecho, aquellas disposiciones que tiendan a disminuir, tergiversar o menoscabar los derechos de los trabajadores, aunque así se expresen en un reglamento o cualquier otro instrumento legal que pretenda limitar derechos constitucionales ya establecidos, y como podemos darnos cuenta en la descripción del Convenio Internacional del Trabajo

Número 94 de la Organización Internacional del Trabajo, que se encuentra debidamente ratificado por Guatemala, están todas las estipulaciones que deben contener estos contratos, en síntesis que no deben ser inferiores o tergiversantes por instrumento legal alguno, como se hace con este tipo de contratos, que evidentemente viola el principio constitucional mencionado, y la suprema constitucional debe prevalecer, no por un simple decir, sino que porque así lo establecieron los legisladores al incluir estas disposiciones en la Carga Magna.

En esa virtud el principio relacionado, es una garantía constitucional, porque haciendo una interpretación integral y extensiva al mismo, se puede determinar que no debe existir discriminación bajo ningún punto de vista, por cuanto que la ley suprema es obviamente de observancia general, principio que al ser congruente con la supremacía constitucional, induce a pesar que cuando se emiten estas disposiciones que tienen a disminuir los derechos de los trabajadores sea cual sea su forma de contratación, no pueden menoscabarse estos derechos que únicamente constipen mínimos, susceptibles de ser superados a través de la negociación Colectiva y en ese orden de ideas el mismo Estado se compromete a promover la misma.

Sucede que existen Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo, en los cuales los mismos negociadores por la parte laboral, ya sea por desconocimiento o por no tener la capacidad de negociar en forma amplia, son excluyentes respecto al principio constitucional que se estudia, no solamente para el personal que presta sus servicios con cargo al renglón citado, sino que otros renglones establecidos en el Manual de Clasificaciones Presupuestarias para el Sector Público de Guatemala.

CAPÍTULO VI

6. Conflicto entre las leyes que se aplican en la suscripción de los contratos y el convenio internacional del trabajo numero noventa y cuatro (94).

6.1 Consideraciones Generales:

Obviamente que desde que se han consignado las condiciones que contienen los contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales, desde ese momento nos encontramos ante un conflicto que se presenta ante que ley aplicar en estos casos, por cuanto que por un lado tenemos a la legislación nacional y lo que contiene el Convenio Internacional objeto de este estudio, para algunos estudios del derecho internacional tanto público como privado con mayor frecuencia que antes, los abogados se ven en la necesidad de invocar y los jueces de aplicar e interpretar tratados internacionales, inclusive integrar el Derecho contenido en ellos, para tal efecto se acude a la doctrina tanto nacional como extranjera, cuando de aplicar, interpretar e integrar las leyes y los distintos Códigos y/o normas se trata, He allí cuando una de las tareas o actividades de los jueces y abogados es esclarecer cuando y en que casos pueden o deben invocar y aplicar el Derecho contenido en los Tratados Internacionales. En efecto la Corte Permanente de Justicia Internacional, precisó las reglas de Derecho Internacional que como Tribunal Internacional debía aplicar puntualizando éstas reglas de Derecho, obligatorias para los Estados Parte, emanan por consiguiente de su propio consentimiento expresado en convenciones o en usos generales aceptados como expresión de principios de derecho y establecidas a efecto de regular las relaciones entre estas comunidades independientes que coexisten con el propósito de alcanzar fines comunes.

La mencionada Corte dejo establecido que, como tribunal internacional aplicaría las convenciones internacionales fueren éstas generales o particulares que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados y la costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como Derecho. Si bien el estatuto de dicha

Corte (lo mismo que la actual Corte Internacional de Justicia), identifican en primer término, el Derecho Convencional y luego el Derecho internacional general o consuetudinario sin establecer la jerarquía entre las normas convencionales u las normas consuetudinarias, es útil tener presente la naturaleza (general) del Derecho Internacional consuetudinario y la especial del Derecho contenido en los tratados, porque una norma de derecho internacional general establecida por la costumbre internacional no es aplicable en caso que el punto esté reglado expresamente de otra manera en un tratado vigente. El tratado o convenio constituye una ley especial, esta ley deja sin efecto las reglas generales, porque los Estados han acordado que determinada materia sea reglada entre si de modo particular.

6.2 Controversias jurídicas:

De lo que se infiere en esta investigación que naturalmente existen controversias jurídicas, que como consecuencia vienen a afectar a la clase trabajadora, y digo esto porque como primacía constitucional y tal como se describe en el último capítulo, o sea sobre la Jerarquía de las normas, las controversias jurídicas, se producen específicamente entre las leyes siguientes; Ley de Servicio Civil, Decreto que aprueba el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para cada Ejercicio Fiscal, la Circular Conjunta suscrita entre la Contraloría General de Cuentas, Ministerio de Finanzas Públicas y Oficina Nacional de Servicio Civil.

a) La Constitución Política de Guatemala es la base fundamental de presente investigación, porque como se demuestra en la Jerarquía de las normas, la Ley Suprema, como norma máxima y de observancia obligatoria sin ninguna limitación es en donde encontramos que en materia de derechos humanos prevalecen los convenios internacionales debidamente ratificados por Guatemala y siendo que el trabajo es un derecho humano consagrado como tal, se está contraviniendo ésta norma constitucional al limitar a las personas que se contratan con cargo a este renglón 029 de ser susceptibles o sujetos de los derechos que tienen los demás trabajadores; la misma Constitución establece que nadie es superior a la ley y cabe preguntar aquí;

¿Qué ha hecho la Organización Internacional del Trabajo para evitar que se sigan lesionando los intereses de los trabajadores, a través de este tipo de contratación?, muchos de los trabajadores afectados por esta situación han acudido ante los órganos jurisdiccionales competentes para hacer valer sus derechos.

b) Con la Ley de Servicio Civil, la controversia ocurre desde que se determina en la referida ley, en donde describe que debemos entender por “Servidores Públicos” y es aquí principalmente donde se produce la afección al trabajador, porque este artículo dice que se produzca este vínculo, tiene que existir una relación de dependencia, mediante, un nombramiento, contrato o cualquier otro vínculo, y el contrato de mérito si bien es cierto, contiene elementos atentatorios y que menoscaban los derechos de los trabajadores, se está ante una antinomia jurídica, cuya respuesta a ello se encuentra en el convenio internacional número noventa y cuatro (94) de la Organización Internacional del Trabajo, porque la prestación de los servicios técnicos o profesionales se enmarcan dentro de dicho Convenio, como consecuencia es de aplicación y observancia forzosa para quienes utilizan este sistema de contratación, ante tal situación, nos encontramos en la disyuntiva que calidad tienen las personas que prestan sus servicios con cargo al renglón presupuestario 029 o si por el simple hecho de no ser servidores públicos, se lesionan sus intereses que son congruentes con el principio de igualdad y supremacía de la ley, ya que si no existe una relación de dependencia de hecho, si lo hay de forma, toda vez que en las instituciones de la administración central a éstas personas se les dota de equipo de oficina, registran su ingreso y egreso de sus labores, pero están sujetos a un horario, tienen un Jefe Inmediato, por lo tanto se incurre en una controversia que se puede resolver al realizar los contratos con base a lo que determina el Convenio Internacional en referencia.

c) Con la Ley que aprueba el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado para cada Ejercicio Fiscal; porque en cada Decreto que se emita para la aprobación de tales presupuestos, se incluye la norma con dedicatoria especial para el personal 029, haciendo total énfasis en la limitación de sus derechos y aún más, ratifica preceptos atentatorios en contra de éstos trabajadores que sea cual sea la denominación no debe

de perderse de vista que son seres humanos y como tales deben ser tratados, sin tergiversar, menoscabar o limitar por una simple costumbre de consignar estas disposiciones que solamente demuestran que en nuestro país la legislación laboral no es conteste con los convenios internacionales debidamente ratificados por la República de Guatemala.

d) Con la circular conjunta emitida por la Contraloría General de Cuentas, Ministerio de Finanzas Públicas y Oficina Nacional de Servicio Civil, específicamente en la NORMA VII "Las personas contratadas con cargo al renglón presupuestario mencionado, no tienen el carácter de "servidores públicos" de conformidad con lo preceptuado por el Artículo 4o. de Ley de Servicio Civil, por lo que debe quedar claramente estipulado en el contrato respectivo que dichas personas no tienen derecho a ninguna de las prestaciones de carácter laboral que la Ley otorga a los servidores públicos, tales como: la indemnización, vacaciones, aguinaldo, bonificaciones, pago de tiempo extraordinario, licencias, permisos, etc.; además, no se les hará ningún descuento para el Fondo de las Clases Pasivas Civiles del Estado, del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, ni el descuento, a que se refiere el Decreto Número 81-70 del Congreso de la República, exceptuándose las retenciones ordenadas por los tribunales de justicia, no estando en consecuencia amparadas por ninguna de las estipulaciones del Código de Trabajo. Esta Circular Conjunta ha sido modificada en reiteradas oportunidades y el 14 de agosto de 1997, se reformó la norma II la cual quedó así " En el texto de cada contrato suscrito deberá indicarse, que los servicios contratados son de carácter técnico o profesional según el caso, haciendo una descripción detallada del objeto del contrato. Además que el acto contractual no crea relación laboral entre las partes, por cuanto la retribución acordada por los servicios no es para ningún puesto, empleo o cargo público, en concordancia a lo previsto por los Artículos 2027 y 2028 del Decreto Ley No. 106, Código Civil. Esta es una situación que realmente contraviene totalmente lo regulado por el Convenio Internacional objeto del estudio, porque como puede apreciarse no le otorga ninguna prestación adicional al trabajador, poniéndolo en desventaja con relación al resto de trabajadores, únicamente

el derecho que le otorga de pagarle gastos cuando por motivo de los servicios prestados, deba trasladarse al interior o exterior del país, atendiendo en este caso a lo que establece el Código Civil, lo que representa una contrariedad porque pareciera que estamos ante una figura o contratación de carácter civil-mercantil y no laboral, siendo una controversia de gran magnitud que a través del Convenio mencionado puede subsanarse y la reforma a la NORMA II, es reiterativa en cuanto a que este tipo de Contratos no crea relación laboral, pero dadas las características del mismo, las funciones que desempeñan las personas que se contratan bajo esta figura desarrollan actividades similares a los servidores públicos, con un horario, mobiliario, Jefe Inmediato y demás circunstancias que si crean una relación de dependencia, aunque la norma citada no lo indique de esa forma.

e) Con el Convenio Internacional del Trabajo número noventa y cuatro (94), porque éste regula las estipulaciones y condiciones que deben reunir los contratos para la prestación de servicios, y el modelo de contrato que se consignó en este trabajo, contradice totalmente dicho convenio y como consecuencia de ello, se viola flagrantemente la Constitución Política de la República de Guatemala, por los motivos ya invocados.

6.3 Jerarquía de las Normas:

Este Capítulo es el que nos da la pauta para determinar, que ley debe aplicarse en tema objeto del estudio, por cuanto que las distintas legislaciones son variables, pero se enfoca tomando en cuenta la doctrina, para aplicarse en nuestro país, ya que son constantes las violaciones de carácter constitucional que se infringen en contra de los trabajadores, sin importar que como seres humanos tenemos derechos que son inalienables, que no pueden ser menoscabados, tergiversados o muchos menos disminuidos, en razón de preceptos constitucionales que así lo enmarcan en nuestra ley suprema, por tal motivo con el objeto de tener una mejor apreciación o visión objetiva del caso, es imperativo determinar la jerarquía de normas frente a los tratados o convenios internacionales en materia de Derechos Humanos, naturalmente al tomar

en cuenta que el derecho del trabajo constituye parte de los derechos humanos, está plasmado en la Constitución Política, que en esta materia, prevalecen los convenios internacionales debidamente ratificados por Guatemala ante las leyes nacionales, por lo que al estar este convenio internacional con plena vigencia, por haber sido ratificado por el Estado de Guatemala; en ese contexto, sin embargo, en materia constitucional, lejos de aplicarse en forma general como el método científico exige, no se aplica en lo más mínimo en esta relación contractual a pesar que, es imperativo que para la aplicación del convenio objeto de estudio, se encuentren inmersos los derechos laborales; tales como vacaciones, aguinaldo, bonificación anual, bono vacacional, licencias con o sin goce de salario, poder aplicar al régimen de clases pasivas civiles del Estado, no eximirlos de los beneficios que se otorgan a través de Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo, ejercer el derecho a la libre sindicalización, así como y otras prestaciones de carácter laboral aplicable a los demás trabajadores, pero como referencia de los errores que han surgido por parte de la administración pública es el desconocimiento o la malintencionada no aplicación a la jerarquía de las normas, que como se explicará en adelante el tratadista Hans Kelsen especialista en la materia hace una objetiva interpretación sobre este tema, que por años se ha venido estudiando y se estima conveniente que para los efectos de este trabajo congruente con otros estudiosos del derechos permitirá llevar a conclusiones que van en beneficio de los trabajadores a quienes se les vulnera sus derechos a través de instrumentos que apariencia son legales pero en la realidad son nulas ipso-jure.

En ese sentido, cuando se trata de establecer el desarrollo de la jerarquía de normas, por regla general como se indica en el párrafo anterior, se retoma la teoría elaborada por Kelsen, por cuanto que ésta ha prevalecido por años, es un aspecto que si lo enfocamos a los tiempos actuales, y tomando en consideración el desarrollo de la ciencia jurídica y concretamente la aparición y desarrollo de los Derechos Humanos, es de observancia obligatoria, por cuanto que los estudios realizados por este tratadista son objetivos, profundos y permiten tener una visión que podemos aplicar en nuestro país, en donde lamentablemente en materia de derechos humanos, son

constantemente violados, sin que para ello cada Gobierno determine o establezca una obligatoriedad de respetar y hacer que se respeten los mismos.

La jerarquía normativa en el sistema jurídico guatemalteco, parte al igual que la teoría positivista del tratadista que en esta materia se ha mencionado, respecto a la jerarquía de normas frente a los tratados internacionales en materia de derechos Humanos y en este caso como ha quedado establecido, los convenios internacionales deben prevalecer y aplicarse sin ninguna condicionante, y a partir de tal base se desarrolla todo el sistema jurídico guatemalteco, en donde se ubican en su orden, primeramente la Constitución Política y ésta como ley suprema nos remite a los convenios internacionales; las leyes ordinarias, acuerdos gubernativos, acuerdos ministeriales, reglamentos, circulares y actos jurídicos particulares o concretos. No es casualidad que las causas de la postura adoptada en Guatemala. respecto del tema que se estudia, tiene su asidero la falta de fuentes y estudiosos de la ciencia jurídica en la materia que nos ocupa, porque no se le da énfasis en realizar estudios sistemáticos sobre el tema, o bien, la importación de instituciones jurídicas ajenas a la historia, tradición y sociedades guatemaltecas, nos conformamos únicamente con ser observadores de cómo se violan los derechos de los trabajadores, si se hace en otras instancias en las cuales existen instrumentos legales, como la Ley de Servicio Civil, la cual es pertinente que ya no está de acuerdo a las actuales circunstancias de este mundo cambiante.

No es que se pretenda justificar las conclusiones alcanzadas por algunos estudiosos de la ciencia jurídica, sino aclarar la verdadera relación que existe entre las normas de un sistema jurídico como el guatemalteco, frente a los tratados internacionales, en virtud que con ello podrá ser apreciado el verdadero alcance de dichas normas. Como se indicó en el transcurso del desarrollo del tema objeto de estudio, uno de los objetivos del presente trabajo es analizar la jerarquía de las normas en forma abstracta, y la vinculación de éste en el sistema jurídico guatemalteco, esto es, analizar la jerarquía normativa dentro de la estructura normativa en nuestro país, a efecto de determinar si los tratados internacionales, particularmente los referentes a

derechos humanos, encuadrándose dentro de éstos el derecho del trabajo, como parte de esos derechos humanos, se encuentran no sólo por encima de la legislación nacional, sino incluso por encima de la misma Ley Suprema. El tema propuesto posee gran importancia no sólo por el aspecto referente a la jerarquía entre normas de diversa índole, sino por que la trascendencia que pudiera generar en el orden jurídico nacional e internacional, ya que su alcance incide no solamente en aspectos normativos abstractos, sino en la esfera jurídica de los individuos que se ven afectados por la no aplicación de los referidos tratados y se aplican normas de carácter interno que únicamente vienen a afectar los derechos de los trabajadores que se contratan con cargo al renglón presupuestario 029, disyuntiva que debe quedar definida, atendiendo básicamente a la jerarquía de las normas jurídicas, porque de conformidad con la Ley del Organismo Judicial, no puede alegarse ignorancia ante la observancia de la ley. Puede establecerse que Kelsen constituyó desde su publicación, un paradigma en el ámbito jurídico, en virtud de lo novedoso que resultaba para la época el tratamiento del Derecho como una ciencia y no como un fenómeno social, es decir que la época no permitía tener una visualización más objetiva de la aplicación de las normas que efectivamente debían aplicarse ante conflictos derivados de los tratados internacionales y las normas nacionales.

Ante estos aspectos que en su momento eran novedosos como el control constitucional o el deber jurídico incoado a la norma, llamaron la atención de la visión jusnaturalista (el Iusnaturalismo, admite la distinción entre Derecho Natural y Derecho Positivo, afirmando la superioridad del primero sobre el segundo) que hasta ese momento había imperado.

Al estudiar las teorías implementadas por Kelsen se estima de singular trascendencia, el referente a la jerarquía normativa, en donde Kelsen estableció un orden entre los diversos tipos de normas y actos jurídicos, partiendo de los actos jurídicos más generales, a los mas concretos. Es decir que en estos casos él partió de lo general a lo concreto, porque los aspectos generales son más amplios quizá de una interacción generalizada, en tanto que al llegar a casos concretos, se llega a

conclusiones específicas sobre el tema de que se trate. Del estudio realizado se infiere que para la elaboración de tal teoría, fue necesario que previamente estudiosos del derecho comenzaran con estudios relacionados con el régimen constitucional, especialmente si estos tenían vinculación con la aplicabilidad de los tratados internacionales, frente a la legislación nacional de cada país, y como son teorías aplicables al sistema jurídico en general, nuestro país como signatario del referido convenio tiene importancia, el estudio o análisis de éstas teorías. En ese sentido, se puede determinar que Kelsen consideró tanto aspectos jurídicos como políticos, elaboró la teoría de jerarquía de las normas, en nuestro país de todos es conocido la famosa Pirámide Kelseniana, que tiene en su orden como se encuentra constituidas la ubicación de las normas jurídicas, porque afirmó que la norma fundamental dentro de un Estado, lo constituye la Constitución, la cual, por ser la manifestación de la soberanía del pueblo que integra un Estado, es la norma en la que se soporta todo el régimen jurídico, y de ella es de donde se desprende la propia facultad del legislador para crear un sistema jurídico basado en los principios que la Constitución establezca y esta Ley suprema es la que nos conduce a colegir que los convenios internacionales ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre las leyes nacionales, en tal sentido estando vigente el Convenio Internacional del Trabajo número 94 y atendiendo a los principios doctrinarios de Kelsen, la aplicabilidad del relacionado convenio es de aplicación obligatoria, distinto es que las autoridades estatales no cumplan con lo establecido en el mismo y que en la suscripción de éstos contratos, se viole en forma contundente nuestra Carta Magna.

El estudio de la jerarquía de las normas se ha desarrollado sobre algunas premisas falsas y atendiendo a una situación histórico-jurídica muy particular, por lo que la ciencia del derecho constitucional en Guatemala se ha desarrollado, lejos de aplicarse en forma general como el método científico exige, en muchos aspectos es aplicable únicamente a conveniencia de la autoridad estatal. Dentro de los aciertos del estudio que sobre el tema se hace en Guatemala destaca la aparición de los llamados derechos laborales; sin embargo, como referencia de los errores que han surgido por parte de las autoridades estatales, destaca el aspecto relativo a la jerarquía normativa,

por la no aplicación de los convenios internacionales, no obstante el mandato legal reglado por la Constitución Política de la República.

En efecto, en el aspecto del desarrollo de la jerarquía de normas que se retoma la teoría que ya se mencionó del tratadista Kelsen, la cual ha prevalecido por años con un criterio que en los tiempos modernos y con el desarrollo de la ciencia jurídica y concretamente la aparición y desarrollo de los Derechos Humanos, es invaluable su contenido e interpretación. La jerarquía normativa, parte de la jerarquía de normas frente a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos. Las causas de la postura adoptada en Guatemala respecto del tema puede encontrar muy diversas justificaciones, como lo es el desconocimiento de trabajadores y autoridades sobre estos convenios internacionales que tienen plena vigencia. Sin embargo, no se pretende justificar las conclusiones alcanzadas por algunos estudiosos de la ciencia jurídica, sino desentrañar la verdadera relación que existe entre las normas de un sistema jurídico como el guatemalteco, pues con ello podrá ser apreciado el verdadero alcance de dichas normas. El presente trabajo tiene como objetivo analizar la jerarquía de normas en forma abstracta, y la vinculación de éste en el sistema jurídico guatemalteco, esto es, analizar la jerarquía normativa dentro de la estructura normativa en el país, a efecto de determinar si los tratados internacionales, particularmente los referentes a derechos humanos, se encuentran no sólo por encima de la legislación nacional, sino incluso por encima de la Constitución Política de la República. El tema propuesto posee gran importancia no sólo por el aspecto referente a la jerarquía entre normas de diversa índole, sino por que la trascendencia que pudiera generar en el orden jurídico nacional e internacional, ya que su alcance incide no solamente en aspectos normativos abstractos, sino en la esfera jurídica.

La obra de Kelsen sin duda alguna constituyó desde su publicación, un paradigma en el ámbito jurídico, ello en virtud de lo novedoso que resultaba para la época el tratamiento del Derecho como una ciencia y no como un fenómeno social. Aspectos tan novedosos como el control constitucional o el deber jurídico incoado a la norma, llamaron la atención de la visión jusnaturalista que hasta ese momento había

imperado. Uno de esos aspectos que se estima de singular trascendencia, lo constituye el referente a la jerarquía normativa, en donde Kelsen estableció un orden entre los diversos tipos de normas y actos jurídicos, partiendo de los actos jurídicos más generales, a los más concretos. Para la elaboración de tal teoría, fue necesario que previamente estudiosos del derecho comenzaran con estudios de aspectos relacionados con el régimen constitucional. Así, Kelsen, considerando tanto aspectos jurídicos como políticos, elaboró la teoría de jerarquía normativa, en donde se afirmó que la norma fundamental dentro de un Estado, lo constituye la Constitución, la cual, por ser la manifestación de la soberanía del pueblo que integra un Estado, es la norma en la que se soporta todo el régimen jurídico, y de ella es de donde se desprende la propia facultad del legislador para crear un sistema jurídico basado en los principios que la Constitución establezca. Sin embargo, Kelsen no dejó de considerar la existencia de un sistema jurídico que no sólo rige hacia dentro del Estado, sino que por el contrario, la jerarquía de las normas frente a tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos, conciente de la existencia de las relaciones entre Estados, estimó que el régimen internacional debía ser igualmente considerado dentro de su jerarquía normativa, dado que un Estado no podía permanecer apartado de la comunidad internacional, ello en virtud de los tratados internacionales.

Es así como este pensador incorpora a los tratados internacionales a la jerarquía normativa. Sin embargo, la falta de precisión de la ubicación de tal tipo de normas y el poco avance que en aquél momento existía en el derecho internacional, llevaron a que la interpretación que se dio a tal postulado, fuera variada entre países, dejando de atender a los principios que lo sustentan. Aquí cabe precisar que el principio postulado por el derecho internacional público, llamado de “autodeterminación de los pueblos” y la soberanía de los Estados, se han presentado como un obstáculo para poder ampliar la interpretación que en muchos países ha imperado respecto a la inclusión de los tratados internacionales en los sistemas jurídicos nacionales.

Cabe mencionar que la visión de los derechos humanos, desde sus orígenes parte de una postura jusnaturalista, en donde el hombre, por el simple hecho de

pertenecer a la especie humana, cuenta con una serie de derechos que son oponibles tanto frente al Estado, como frente a otros individuos. Otro de los factores que dificultan que con el paso del tiempo puedan ser mezcladas la visión de los derechos humanos (jusnaturalismo) con la teoría de la jerarquía normativa (juspositivismo), pues claramente se trata de incluir a la primera dentro de la segunda, pero sin que sea considerada la posibilidad de coexistencia entre ambas visiones. En el caso de nuestro país cabe destacar que los antecedentes propios de su creación han llevado a sostener la mayor parte de postulados de la teoría kelseniana, por lo que se ha apartado en cierta manera de la postura internacional de los derechos humanos en lo referente a su inclusión en la relación entre normas. Adicionalmente, en algunos sistemas jurídicos, las garantías individuales son otorgadas por el Estado, en tanto que los derechos humanos, como se ha referido, son inherentes al individuo, lo que nuevamente nos deja de manifiesto la confrontación entre el juspositivismo y el jusnaturalismo.

Es oportuno indicar que existían diversos medios de protección de los derechos del individuo, no menos cierto es que éstos medios de defensa, no resultaban tan amplios como el juicio de amparo, pues en él, no sólo se asegura la libertad personal del individuo mediante la presentación de éste ante la autoridad judicial competente, sino incluso, las formalidades del procedimiento, el derecho a la vida, al trabajo o el derecho a la integridad física del particular. Kelsen, al realizar su estudio sobre la jerarquía de normas refirió que la vinculación entre normas, debía realizarse con relación a una jerarquía de normas frente a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y al ser el tratado o convenio una norma de mayor jerarquía, se pretende vincular una ley emitida por el Organismo Legislativo, ésta sólo podría ser justificada en razón de lo establecido en la Constitución, por ser la norma que jerárquicamente se ubica sobre una ley, pero ante ello, se encontró con algunos problemas. El primer problema al que se enfrentó Kelsen fue la justificación de la propia Constitución, el cual resolvió afirmando que ésta sólo se justificaría en razón de la Constitución que regía de manera inmediata anterior, esto es, una justificación no jerárquica, sino histórica. El segundo de los problemas fue la creciente fuerza que tomaba el derecho internacional, tanto público como privado, en virtud de los tratados

internacionales que se celebraban entre Estados. El problema consistía en la inclusión de dichos actos jurídicos en el sistema nacional, dado el principio de autodeterminación de los pueblos, la soberanía nacional, y la realidad de la existencia de dichos instrumentos. Sin embargo, tal vez con la finalidad de evitar mayores problemas o bien ante la falta de comprensión del fenómeno en estudio, Kelsen optó por no abundar al respecto, y en cambio se limitó a referir que los tratados internacionales debían formar parte de la jerarquía de normas de un Estado, pero sin referir el lugar que ocuparían en tal jerarquía.

Curiosamente es un tratado internacional quien nos otorga la definición de lo que debe entenderse por un tratado internacional, al referir el artículo 2° de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que un tratado es: "...un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o mas conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

El alcance de este tipo de normas está limitado a los Estados contratantes, ya que en virtud del principio de autoregulación de los pueblos, no es posible obligar a un Estado ajeno a cumplir con normas que no ha aceptado. Sin embargo, los tratados internacionales en materia de derechos humanos poseen características sui generis, ya que si bien son celebrados entre sujetos de derecho internacional, no menos cierto es que el sujeto que se verá beneficiado.

Desde este punto de vista, y considerando que fue diseñada para proteger los derechos fundamentales del hombre independientemente de su nacionalidad, frente a su propio Estado o a cualquier otro, la Convención no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, unilateralmente, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción, en tal sentido, cabe indicar que en nuestro país aplicando la jerarquía de las normas, es de carácter imperativo, implementar y aplicar

el Convenio Internacional del Trabajo número noventa y cuatro (94), en concordancia con las disposiciones constitucionales ya referidas en el presente estudio y que en las conclusiones se definirán las estrategias o acciones concretas a desarrollar por parte de las personas que se contratan para la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública.

Lo más importante de este estudio, radica precisamente en este capítulo, por cuanto que es el que nos da la pauta de los enlaces que existen entre la normatividad y la doctrina tomando a estas como las bases sobre las cuales se sustenta la investigación, porque por una parte, queda claro que al estudiar las teorías de Kelsen, no lleva a determinar que la Constitución Política de la República en la jerarquía de las normas se sitúa en primer lugar, en ese sentido, al analizar la ley suprema de nuestro país encontramos un artículo muy específico, que regula que en materia de derechos humanos, prevalecen los convenios o tratados ratificados por Guatemala. En esa virtud el trabajo forma parte de los derechos humanos, por lo tanto, existe un convenio específico sobre contratación de servicios, el cual debe ser de aplicación obligatoria al momento de la suscripción de éstos, porque desde 1949, se cuenta con un instrumento de carácter internacional con plena vigencia pero sin aplicación a los contratos que se estudian en esta investigación.

Es importante que tanto los legisladores, organismos de El Estado, así como todos los trabajadores que conforman el sector público, busquen y se ubiquen en un escenario que les permita visualizar sus derechos cuando se suscriben contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública, tarea que debe ser no solamente de parte de las organizaciones sindicales sino que de todos los estudiosos de la materia, con el objeto que se cuente con una contratación acorde y congruente con los principios de supremacía de la Constitución, principios de igualdad y todos aquellos que buscan o cuyo objetivo principal es el de proteger los derechos elementales de los trabajadores.

CONCLUSIONES

1. No se aplican las estipulaciones del Convenio Internacional del Trabajo Número 94 y como consecuencia, no se incluyen en los contratos de trabajo para la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública con cargo al Renglón de gasto 029, las disposiciones legales contenidas en el referido convenio.
2. Al no incluirse las estipulaciones del Convenio Internacional del Trabajo Número 94 en los contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales en la administración pública, existe tergiversación entre otras a las disposiciones contenidas en los Artículos 4 y 108 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
3. Existe legislación que regula la suscripción de contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales; que otorga derechos a los trabajadores, no obstante que en la modalidad de contratación por estos servicios, los contratos incluyen cláusulas contrarias, atentatorias y que violan el espíritu del Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94).
4. Hace falta un mecanismo especial y adecuado para que el Estado de Guatemala, cumpla como signatario del Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94) con todas las disposiciones normativas contenidas en éste y que sea de carácter coercitivo, con el objeto de evitarse la violación a normas y principios laborales y constitucionales.
5. En materia de derechos humanos, todo convenio internacional debidamente ratificado por Guatemala, prevalece sobre el derecho, siendo el trabajo, parte de los derechos humanos, es aplicable la normatividad establecida en el convenio objeto de estudio y su aplicación es de observancia obligatoria.

RECOMENDACIONES

1. Las personas contratadas para prestar servicios técnicos y profesionales en la administración pública, con cargo al Renglón presupuestario 029, pueden hacer valer sus derechos laborales contenidos en el Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94), en virtud que la República de Guatemala, es signataria del mismo y, por ende, debe cumplir con el éste.
2. El Estado de Guatemala, como signatario del Convenio Internacional Número Noventa y Cuatro (94) de la Organización Internacional del Trabajo, en concordancia con la Constitución Política de la República de Guatemala, debe respetar y cumplir con el compromiso y obligatoriedad de atender imperativamente las disposiciones del referido convenio, cuando suscriba con particulares contratos para la prestación de servicios técnicos y profesionales.
3. Los trabajadores deben denunciar ante la Organización Internacional de Trabajo la violación al Convenio Internacional del Trabajo Número Noventa y Cuatro (94) y solicitar, por su no aplicación, se impongan las medidas necesarias para su efectivo cumplimiento.
4. Los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, deben ser garantes sobre la preeminencia de los convenios internacionales debidamente ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos, y como el trabajo es uno de ellos, no permitir la violación a estos preceptos constitucionales.
5. Para evitar que el juego de las reglas de mercado laboral implique explotación de trabajadores, existe una rama del derecho con normas establecidas en tratados internacionales ratificados por Guatemala, no existe ninguna otra disposición que pueda oponerse a la Ley Suprema y que el Estado, en este caso, quiera imponer su voluntad aún a si es demandado ante los órganos jurisdiccionales competentes, como ha sucedido en reiteradas oportunidades.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, Iciar. **Contratación temporal, un estudio jurisprudencial.** Editorial Edersa, S.A. Primera edición España. 2000.
- ALVARADO POLANCO, Romeo. **Introducción al estudio del derecho.** Fascículo 1/5 y 2/5 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala. (s.e.)
- BASCUÑAN Aníbal. **Manual de Introducción a las ciencias jurídicas y sociales.** Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1960. (s.e.)
- BONNECASE, J. **Introducción al estudio del derecho.** México, Ed. José Cajica, 1944. (s.e.)
- BODERNHEIRMEN, Edgar. **Teoría del derecho.** Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, México, 1964. (s.e.)
- BONILLA, Manuel. **Salarios precios y productividad.** Santa fe de Bogotá. FESCOL. 1996. (s.e.)
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Ed. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1976. (s.e.)
- CAMPOS R. Domingo. **Derecho laboral colombiano.** Santa fe de Bogotá. Ed. Temis. 1997. (s.e.)
- CAPELLETTI, Mario. **Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo.** Ed. Porrúa, México, 1993. (s.e.)
- COVIAN ANDRADE, Miguel. **Teoría constitucional, centro de estudios en política constitucional.** Ed. A.C. México, 2002. (s.e.)
- DE PIÑA, Rafael. **Diccionario de derecho.** Ed. Porrúa, S.A. León España, 2003. (s.e.)

DESDENTADO, Aurelio. **La contratación laboral atípica**. Editorial Comares. Primera edición, Barcelona, España. 1999.

DÍAZ CASTILLO, Roberto. **Manual de fundamentos de derecho**". Ed. Serviprensa centroamericana, segunda edición, Guatemala 1977.

DOBB, Maurice. **Salarios**. Segunda edición, México. FCE. 1965.

FERRER LÓPEZ, Miguel. **Casos prácticos sobre el contrato de trabajo**. Ed. Deusto. Onceava edición, España, 2003.

GARCÍA MAYNES Eduardo, **Introducción al estudio del derecho**, Editorial Porrúa, S.A. México D.F. (s.f.), (s.e.)

GIL Y GIL, José Luis. **La prescripción y la caducidad en los contratos de trabajo**. Editorial Comares. Primera edición, España 2000.

KELSEN, Hans, **Teoría pura del derecho**. Ed. Porrúa, tercera edición, México, 1997.

KELSEN Hans, **La idea general del derecho y del Estado**, Textos Universitarios, UNAM México 1983, 2da. edición.

LAFER, Celso, **La reconstrucción de los derechos humanos**, Fondo de Cultura Económica, primera edición, México, 1994

LASALLE, Ferdinand, **¿Qué es una constitución?**, Gernika, 2a ed. México, 2004.

LÓPEZ A. Santiago. **Introducción al estudio del derecho I**. Colección Textos Jurídicos No.9 Depto. de Publicaciones, Facultad de Ciencias Económicas de la USAC. Guatemala, 1983. Primera edición.

MOLERO MANGLANO, Carlos. **Estructura del contrato de trabajo**. Editorial Dykinson, S.L. Primera edición, España, 1997.

MORADILLO LARIOS, Carlos. **Los contratos de trabajo**. Ed. CISS, Praxis, S.A.
Primera edición, España, 1996.

MUÑOZ MEANY, Enrique. **La Definición del derecho**, Facultad de Ciencias Jurídicas
y sociales de la USAC Guatemala Época II No. 6 (marzo-abril 1944) y Época II
no. 1. mayo-junio 1944.

Opinión Consultiva número 2/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **El
efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la convención
americana sobre derechos humanos**. del 24 de septiembre de 1982.

PACHECO, Máximo. **Introducción al derecho**, Ed. Porrúa, S.A. 4ta. edición (s.f.)

PENICHE, Bolio. **Introducción al derecho**, Ed. Porrúa, S.A. 4ta. edición México 1979

VARIOS AUTORES. **Diccionario abreviado de sinónimos y antónimos**.
Tercera Edición VOX Bibliograf S.A. Barcelona, España, 1972. (s.e.)

VARIOS AUTORES **Diccionario de la real academia de la lengua española**.
Editorial Espasa Calpe Segunda edición, España, 1970.

VARIOS AUTORES **Manual de clasificaciones presupuestaria para el sector
público de Guatemala**, Acuerdo Ministerial del Ministerio de Finanzas Públicas,
número 216-2004. 2004

Legislación:

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

Código de Trabajo. Decreto número 1441 del Congreso de la República. 1961

Ley de Servicio Civil. Decreto número 1748 del Congreso de la República, 1978

Ley de Contrataciones del Estado. Decreto número 52-96 del Congreso de la República, 1996

Código Civil. Decreto 106 del Congreso de la República, 1973

Ley de Salarios. Decreto número 11-73 del Congreso de la República, 1973

Circular Conjunta del Ministerio de Finanzas Públicas, Contraloría General de Cuentas y Oficina Nacional de Servicio Civil, 1961

Convenio Internacional del Trabajo número 94, 1949

Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1978