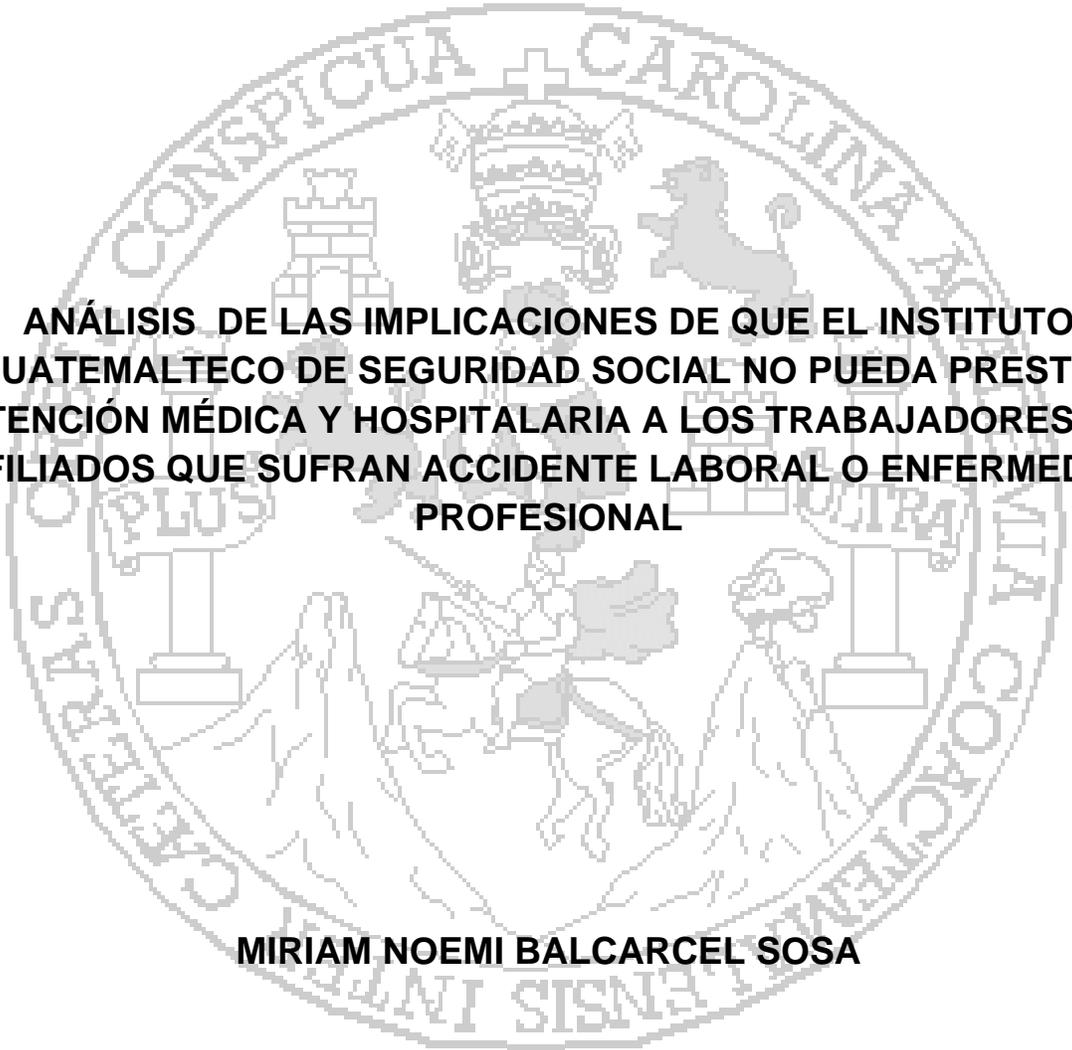


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



**ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES DE QUE EL INSTITUTO
GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL NO PUEDA PRESTAR
ATENCIÓN MÉDICA Y HOSPITALARIA A LOS TRABAJADORES NO
AFILIADOS QUE SUFRAN ACCIDENTE LABORAL O ENFERMEDAD
PROFESIONAL**

MIRIAM NOEMI BALCARCEL SOSA

GUATEMALA, ABRIL DE 2012

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

**ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES DE QUE EL INSTITUTO GUATEMALTECO
DE SEGURIDAD SOCIAL NO PUEDA PRESTAR ATENCIÓN MÉDICA Y
HOSPITALARIA A LOS TRABAJADORES NO AFILIADOS QUE SUFRAN
ACCIDENTE LABORAL O ENFERMEDAD PROFESIONAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por:

MIRIAM NOEMI BALCARCEL SOSA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, abril de 2012

HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Avidán Ortíz Orellana
VOCAL II:	Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V:	Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO:	Lic. Marco Vinicio Villatoro López

RAZÓN: “Únicamente la autora es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis.” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)

Lic. Honnell Osberto Izaguirre Navarro

Abogado y Notario

Colegiado 7,484

7ª. Avenida 8-56, Of. 708, 7º Nivel del Edif. El Centro, zona 1, Guatemala

Tel. 40050581



Guatemala, 27 de octubre de 2010

Licenciado

CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho



Licenciado Castro Monroy:

En cumplimiento a la designación que me hiciera esa unidad mediante nombramiento sin número de fecha 17 de octubre del año 2008, en el cual se me otorgara el honor de ser el asesor de tesis de la estudiante MIRIAM NOEMI BALCARCEL SOSA, carné número 9211159, sobre el tema intitulado "ANALISIS DE LAS IMPLICACIONES DE QUE EL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL NO PUEDA PRESTAR ATENCION MEDICA Y HOSPITALARIA A LOS TRABAJADORES NO AFILIADOS QUE SUFRAN ACCIDENTE LABORAL O ENFERMEDAD PROFESIONAL"; me permito rendir a usted el siguiente dictamen:

- ★ El contenido del trabajo de investigación realizado tiene las características de ser novedoso y de actualidad y se refiere al estudio pormenorizado de las implicaciones económicas y sociales que para los trabajadores conlleva el hecho de que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social no preste servicios médicos y hospitalarios a aquellos trabajadores que sufren accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, lo cual ocurre por causa del patrono que no cumple con su obligación de afiliarlos a ese régimen o bien no cumple con el pago de las respectivas cuotas laborales y patronales; situación que, demostrado científicamente, es recurrente en el ámbito laboral guatemalteco, generando complicaciones económicas para los trabajadores y utilidades para los malos empleadores que recurren a este tipo de prácticas en perjuicio de aquél.

- ★ Para la presentación del informe final se realizó una investigación bibliográfica, documental y de campo aplicando de forma correcta los métodos analítico y sintético de tal forma que se facilitara la extracción precisa de aquellos rasgos doctrinarios que permitieran encontrar sustento histórico a la problemática que fuera planteada en el plan de investigación, misma que se completó adecuadamente mediante un examen de casos concretos ocurridos durante el período que constituye el ámbito temporal de la investigación, los que ilustraron la existencia real de dicho problema, cuestión fundamental para las conclusiones arribadas.

Lic. Honnell Osberto Izaguirre Navarro

Abogado y Notario

Colegiado 7,484

7ª. Avenida 8-56, Of. 708, 7º. Nivel del Edif. El Centro, zona 1, Guatemala

Tel. 4005-0581



- ★ En la presentación de informe final, la ponente utiliza la lexicografía y gramática adecuada sin descuidar de ninguna manera el lenguaje técnico que caracteriza a un profesional del derecho; asimismo, incluye importantes resúmenes de los resultados obtenidos en el trabajo de campo e institucional, los cuales se adecuan al método científico analítico universalmente aceptado, los cuales sirven de sustento al aporte personal de la ponente que se ve reflejado a lo largo de todo su contenido y que ha sido planteado en forma objetiva, clara y precisa y han motivado sendas conclusiones y recomendaciones que tienden a la solución del problema jurídico-social investigado.
- ★ La bibliografía utilizada por la ponente en el desarrollo de la investigación se considera ser la más adecuada al tema, habiéndose consultado textos doctrinarios de autores extranjeros y nacionales que refieren en forma precisa la temática contenida en la investigación realizada, incluyendo además un análisis de la legislación vigente que fue fundamental para demostrar la hipótesis planteada oportunamente.

Por lo anteriormente relacionado, el asesor de tesis considera que la investigación realizada por la ponente puede servir de base para la sustentación del examen público respectivo, sin olvidar en ningún momento que el aporte personal del mismo puede ser utilizado para formular los planteamientos ante los órganos que correspondan a efecto de que la solución del problema socio-jurídico investigado sea una realidad.

Sin otro particular me suscribo de usted aprovechando la oportunidad para hacerle llegar mis muestras de consideración y alta estima.

DEFERENTEMENTE

Lic. Honnell Osberto Izaguirre Navarro
Colegiado No. 7,484

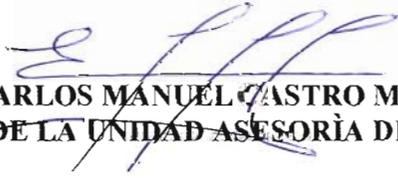
LICENCIADO
HONNELL OSBERTO IZAGUIRRE NAVARRO
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORIA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintiocho de abril de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) : **CARLOS AUGUSTO RODAS LEMUS**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **MIRIAM NOEMI BALCARCEL SOSA**, Intitulado: **“ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES DE QUE EL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL NO PUEDA PRESTAR ATENCIÓN MEDICA Y HOSPITALARIA A LOS TRABAJADORES NO AFILIADOS QUE SUFRAN ACCIDENTE LABORAL O ENFERMEDAD PROFESIONAL”**.

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORIA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/ cpt.



Lic. Carlos Augusto Rodas Lemus
Casa 16 eje 5 Sauces Residenciales Planes de Barcenas
Zona 3 de Villa Nueva
Tel. 52930818-55434234

Lic. CARLOS AUGUSTO RODAS LEMUS
Abogado y Notario

Villa Nueva 16 de junio de 2011

Licenciado

Carlos Manuel Castro Monroy

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales,

Ciudad Universitaria

Licenciado Castro Monroy



El suscrito profesional del derecho, colegiado número 5926, en cumplimiento de la resolución por la cual se me nombró revisor de tesis de la Bachiller **MIRIAM NOEMI BALCARCEL SOSA**, referente al trabajo intitulado “**ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES DE QUE EL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL NO PUEDA PRESTAR ATENCIÓN MÉDICA Y HOSPITALARIA A LOS TRABAJADORES NO AFILIADOS QUE SUFRAN ACCIDENTE LABORAL O ENFERMEDAD PROFESIONAL**”; hago constar las siguientes consideraciones:

I) La estudiante **MIRIAM NOEMI BALCARCEL SOSA**, efectuó su trabajo con la base técnico-científico sobre la problemática de la falta de prestación médica por parte del seguro social de las personas que sufran un accidente laboral por no estar afiliadas; en ese sentido se enfocan los distintos temas que conforman el desarrollo de la tesis, que conllevaron a integrar conocimientos prácticos sobre esta problemática y los argumentos expuestos en el trabajo son dignos de discusión y de reflexión.



II) El contenido científico y técnico de la tesis está reflejado en el orden cronológico que generó un proceso de conocimiento evolutivo del derecho al seguro social que tiene todo trabajador independientemente si está o no afiliado.

III) La metodología y técnicas de investigación utilizada, constituyó la base de la información del desarrollo del tema. La redacción de la tesis tiene un orden coherente en la escritura del texto respetando los elementos principales de la gramática.

IV) La contribución científica del trabajo es el conocimiento que forjó una propuesta de control administrativo y jurídico, para que se tome en consideración la labor pertinente y respeto a los trabajadores estén o no afiliados al seguro social. Las conclusiones están acordes a las ideas derivadas del contenido temático. Las recomendaciones son el resultado lógico plasmado en el trabajo de investigación, y la bibliografía utilizada está en armonía con los más ilustres autores sobre el seguro social, que dan respaldo al desarrollo científico que aprueba el trabajo de investigación.

V) En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, procedo en mi calidad de **REVISOR** dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo realizado y que se continúe con el trámite correspondiente para que se ordene su impresión y oportunamente se realice el Examen Público de Tesis.

LIC. CARLOS AUGUSTO RODAS LEMUS
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintitrés de febrero del dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de el estudiante MIRIAM NOEMI BALCARCEL SOSA titulado ANÁLISIS DE LAS IMPLICACIONES DE QUE EL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL NO PUEDA PRESTAR ATENCIÓN MÉDICA Y HOSPITALARIA A LOS TRABAJADORES NO AFILIADOS QUE SUFRAN ACCIDENTE LABORAL O ENFERMEDAD PROFESIONAL. Artículos: 31, 33 y 34 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.

LEGM/sllh

DEDICATORIA

- A Dios: Infinitas gracias, por darme la vida y fortaleza, guiarme y permitir este momento.
- A mis padres: Por brindarme su amor y apoyo incondicional, darme la fuerza y valor para seguir adelante en el camino para alcanzar mis metas.
- A mis hermanos: Por su cariño y apoyo, en especial para Sandra y Sonia.
- A mis sobrinos: Con amor.
- A toda mi familia: Con mucho cariño.
- En especial: A la Universidad de San Carlos de Guatemala y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

ÍNDICE

Pág.

Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho de la seguridad social.....	1
1.1. Generalidades.....	1
1.2. Definición, principios, características, beneficios.....	09
1.2.1. Definición.....	10
1.2.2. Principios.....	13
1.2.3. Características.....	16
1.2.4. Beneficios.....	18
1.3 Separación del derecho de la seguridad social del derecho de trabajo.....	23

CAPÍTULO II

2. Las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo	27
2.1. Generalidades.....	27
2.2. Definición accidente de trabajo.....	35
2.3. Definición enfermedad profesional.....	37
2.4. Naturaleza jurídica.....	39
2.5. Características.....	39
2.6. Consecuencias.....	42
2.7. Indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional.....	47
2.8. Interpretación legislativa sobre riesgos de trabajo.....	56

CAPÍTULO III

Pág.

Presentación y análisis de los resultados del trabajo de campo.....	59
3.1. Presentación y análisis de resultados de trabajo de campo.....	59
3.2. Análisis de casos concretos.....	61
3.2.1. Caso de trabajador no afiliado por culpa del patrono.....	61
3.2.2. Caso de trabajador no atendido por falta de cotizaciones imputables al patrono.....	63
3.3. Análisis de criterios de funcionarios administrativos y judiciales.....	66

CAPÍTULO IV

4. Implicaciones de que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social deje de prestar sus servicios a los trabajadores no afiliados por culpa del patrono.....	71
4.1. Generalidades.....	71
4.2. Supuestos fácticos y de derecho que obligan al Instituto Guatemalteco de Seguridad social a prestar sus servicios a todos los trabajadores.....	75
4.2.1. Análisis doctrinario.....	76
4.2.2. Supuestos fácticos.....	77
4.2.3. Supuestos legales.....	83
4.3. Obligación del patrono de pagar el servicio médico hospitalario y la pensión respectiva en caso de incapacidad para el trabajo cuando por su culpa el trabajador no esté afiliado al régimen de seguridad social.....	108
4.4. Constitución de título ejecutivo.....	116

	Pág.
4.5. Procedimiento para el cobro de los gastos en que incurra el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social cuando atienda a un trabajador por causa de enfermedad profesional o accidente de trabajo y este no esté afiliado por culpa del patrono	121
4.6. Incidencias sociales, económicas y culturales para el trabajador...	121
CONCLUSIONES	129
RECOMENDACIONES	131
BIBLIOGRAFÍA	133

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata de evidenciar como las sociedades con un sentido humanista más desarrollado, han evolucionado hasta lo que definen como seguridad social, teniéndola como un medio de protección que ampara a toda persona en estado de necesidad, por cualquier causa que le genere gastos imprevistos. Su antecedente la previsión social, surgió como respuesta a que con los cambios de la revolución industrial y la luz eléctrica, se dieron modificaciones en la prestación de los servicios y aumento de los accidentes de trabajo, así como de enfermedades relativas, apareció la necesidad al sufrirlos y no existía un mecanismo que les auxiliara; en el país es el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social el ente gestor, al que deben afiliar los patronos a sus trabajadores para beneficiarlos de las prestaciones que aquel otorga, caso contrario les veda el acceso y el Estado aún no hace nada para crear medidas que permitan el pleno goce.

En la investigación realizada se describen los fundamentos legales, fácticos, doctrinarios e incidencias diversas, que determinan que sí es urgente la necesidad de establecer medidas o una normativa legal que obligue al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a prestar atención médica y hospitalaria, a aquellos trabajadores no afiliados, que acudan a solicitarla por causa de haber adquirido una enfermedad profesional o sufrido un accidente laboral, sin exigirles requisitos formales.

Los objetivos de la investigación es evidenciar que existe el problema, para que se visibilice, registre y se cambie de actitud, por parte del Estado y del ente gestor, que debe otorgar las prestaciones de la seguridad social sin exigir prerequisites en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, por ser un derecho constitucional, a la vez que debe recuperar el costo de sus servicios a cuenta del patrono culpable de la omisión de afiliar o reportar cotizaciones. Asimismo, sensibilizar a la sociedad, con el fin de concientizarle que el avance de la ciencia y tecnología, permite elevar la producción, pero también la fuerza de trabajo brinda su contribución

para ese logro y en sus labores se expone a riesgos que pueden dañar su salud o pérdida de la vida por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Este trabajo consta de cuatro capítulos, en el primero se bosquejan generalidades antecedentes y definiciones hasta lo que hoy se podría considerar como derecho de la seguridad social; en el segundo de la misma manera con accidente de trabajo y enfermedad profesional además se aportan elementos para convencer de que se regule una indemnización adecuada a la realidad; en el tercer capítulo se analizan los resultados del trabajo de campo, para establecer la invisibilidad de los “infortunios del trabajo” que poco se denuncian; en el cuarto se detallan las diversas implicaciones por la omisión del patrono, negar las prestaciones al trabajador y sugerir un procedimiento para facilitar el goce pleno de la seguridad social.

Para la investigación ha sido importante la teoría del riesgo profesional y doctrina de la responsabilidad social que fundamentan la nueva tendencia en el accidente de trabajo y enfermedad profesional, demostrar la culpa del patrono no es elemento necesario. Para desarrollar este estudio se realizó una investigación bibliográfica, documental, de campo y de la normativa jurídica, asimismo se integró datos estadísticos aislados, lo que permitió determinar la existencia real del problema y su necesaria atención, se utilizaron los métodos deductivo, inductivo y el analítico para elaborar las consideraciones personales y luego concluir en las síntesis correspondientes que en cada capítulo se detallan, conclusiones y recomendaciones.

Por lo anterior puedo concluir que a los “infortunios del trabajo” no se les presta atención, la omisión del patrono queda impune, el seguro social indiferente abandonará a la miseria al trabajador, contrariamente a la justicia y equidad, lo que evidencia una sociedad poco solidaria, injusta y rezagada al progreso social, que no le preocupa que las instituciones estatales incumplan con sus funciones.

CAPÍTULO I

1. Derecho de la Seguridad Social

El derecho de la seguridad social, constituye una tendencia avanzada, que considera a este como el conjunto de normas jurídicas protectoras que la sociedad establece, para el ser humano en general, con el fin de brindarle auxilio en caso de necesidad cuando el riesgo potencial se concreta al sufrir una contingencia, por la cual se disminuye o pierde su capacidad para el trabajo. Abarca la atención de la salud con prestaciones médicas, hospitalarias, pensionales, protección en riesgos laborales, asignaciones familiares y subsidios en el desempleo, como un régimen que no depende del patrono, sino de las entidades encargadas del sistema de seguridad social, como un deber jurídico, al cual contribuyen todos los ciudadanos que realizan una actividad lícita dentro de la economía y por ende con mecanismos que no permitan discriminación o negativa de brindar las prestaciones por parte del ente gestor de la seguridad social.

Considero la seguridad social es un mecanismo de satisfacción de necesidades sociales, como política pública estatal, su antecedente la previsión social surgió dentro del derecho de trabajo, por lo que la seguridad social es un derecho fundamental del que presta los servicios y a esta se le deben aplicar los principios protectorio, de irrenunciabilidad y primacía de la realidad.

1.1. Generalidades

La “cuestión social” que provocó el nacimiento del derecho del trabajo y que persiste todavía con sus problemas atenuados en algunos países, pero igualmente graves y urgentes en otros, constituye actualmente un aspecto de un problema más amplio, que se ha dado en llamar de la “seguridad social” y al lado del Derecho del Trabajo surge el Derecho de la Seguridad Social que absorbe algunas de las instituciones propias de aquel.

La delegación o transferencia del estado de alguna de sus atribuciones en materia de seguridad social sólo debe producirse bajo un marco propio de los resortes del derecho administrativo, o bajo medios que contribuyan a la eficiencia del subsistema, sin resignar los controles de gestión, administración y el control del destino de los recursos y de la eficiencia de las prestaciones.

Es un derecho solidario, basado en el principio de la solidaridad, que es el reflejo del paradigma de la responsabilidad social o de la sociedad ante una serie de contingencias que deben ser asumidas por el Estado o desde el control estatal, para amparar a los damnificados, frente a las consecuencias negativas o efectos nocivos de dichas contingencias.

Es una rama del derecho que se caracteriza por la universalidad, es decir, que no hace diferencias o categorías entre los sujetos alcanzados, sino que contempla los medios de amparo orientados hacia toda la comunidad.

La integralidad, finalmente, pretende compensar con las distintas coberturas la totalidad de los efectos negativos generados por la contingencia y la totalidad de las contingencias que pueden afectar a la comunidad y que subsidiariamente, el Estado como obligación indelegable debe asumir y seguir asumiendo.

No puede desconocerse, en tal sentido la influencia del cristianismo y de las instituciones y congregaciones que se inspiraron en su doctrina, las que sobre la base de la caridad ejercieron la beneficencia, en una tarea precursora en esta materia. De la Villa y Desdentado Bonete citados por Julio Martínez Vivot¹ distinguen tres fases o etapas en la evolución hacia el derecho de la seguridad social: A) La primera etapa, que es denominada como formas de protección indiferenciada (asistencia benéfica de casas de misericordia, organizaciones de socorro privado, mutualismo y gremios profesionales, el ahorro privado y contrato de seguro) desde los orígenes hasta la aparición de los seguros sociales, en ese tiempo además de la beneficencia de casas

¹ Martínez Vivot, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Pág. 637.

de misericordia, cabe destacar el ahorro como actitud individual, como previsión ante la adversidad, la vejez y la muerte. Pero particularmente deben mencionarse las formas basadas en la solidaridad o en la ayuda mutua, como el cooperativismo y el mutualismo.

Después de la revolución francesa, comenzó a aplicarse la idea de asistencia pública, como función a cargo del Estado, para mitigar las necesidades de los más carenciados, se dice que ésta constituyó un auxilio incompleto e inadecuado para la supervivencia decorosa del necesitado, que tampoco tuvo en el mutualismo respuesta suficiente a las necesidades sociales. También en aquel tiempo se buscaron soluciones en los seguros privados y en cierta medida, la responsabilidad civil establecida, vino a marcar el comienzo de la respuesta empresaria, frente a ciertos daños que podían ocurrir a los trabajadores en la prestación de su actividad laboral.

B) La segunda etapa, denominada del nacimiento y desarrollo de los seguros sociales que comienza en 1883, cuando en Alemania, siendo canciller Von Bismarck, aparece el primer seguro social, que se refería a la enfermedad y fue completado el año siguiente con un seguro de accidentes del trabajo y en 1889 con el de invalidez y vejez, estos fueron duramente combatidos, inclusive por los obreros, sus beneficiarios y en especial por sus dirigentes, cuyos argumentos contra la organización capitalista perdían sustento, en su oposición sostenían que los aportes afectaban a los magros salarios. Para Almansa, citado por Julio Martínez Vivot, los seguros sociales constituyen un elemento de previsión social que se realiza mediante el aseguramiento de los empresarios a favor de sus trabajadores, en virtud de la responsabilidad impuesta legalmente a ellos en cuanto a las posibles y previstas necesidades sociales que puedan sufrir los obreros. Tales seguros eran obligatorios, de origen legal, gestionados por entes públicos y dirigidos a proteger necesidades sociales derivadas de riesgos que afectarían a individuos legalmente determinados. A principios de este siglo se advierte una generalización de tales seguros, con algunas manifestaciones que tratan de extender los beneficios más allá de los trabajadores asalariados, una de sus dificultades fue la financiación y con ella la calidad de las prestaciones, el nacimiento y desarrollo de los seguros sociales respondieron a exigencias del sistema

de producción capitalista, procuraron mantener la paz social y actuaron como factores de estabilización de la economía.

Los seguros sociales son el resultado de las ideas del reformismo y contribuyeron a la transformación de las estructuras sociales, el proletariado pudo integrarse a la sociedad en condiciones adecuadas, al no tener que enfrentar solo, las consecuencias si sufría un infortunio del trabajo, que le causaba disminución o pérdida de su capacidad para obtener ingresos, lo cual atenuó el marcado antagonismo de clases. C) La tercera etapa, conocida como de los sistemas de seguridad social, se manifiesta en la década de los años treinta y tiene un fuerte desarrollo a partir de 1941 y en especial una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, se destaca en Estados Unidos de América en 1935 la Social Security Act dentro del New Deal del Presidente Roosevelt, con disposiciones sobre seguro de vejez y protección al desempleo, pero no incluye jubilación por invalidez, pensiones y beneficio de familiares sobrevivientes, sino hasta 1939 y 1956. En 1938, Nueva Zelanda sancionó una ley de seguridad social que comprendía un sistema completo de asistencia aportada por el Estado, financiada por un impuesto y como un verdadero servicio público.

Según Julio Martínez Vivot en su libro citado, el impacto decisivo en esta materia lo produjo el llamado "Plan Beveridge" manifestado en Inglaterra por una comisión interdepartamental de seguros sociales, que presidía Sir William Beveridge, con la finalidad de proponer reformas al sistema vigente. Este plan afirmó la unidad del seguro y se propuso abolir los estados de necesidad por medio de una mejor distribución de la renta, con beneficio para toda la población, destaca Hünicken citado por Julio Martínez Vivot que se basaba en tres premisas fundamentales: "1) Reforma en poner en ejecución un plan general y orgánico de seguridad social; 2) Una pluralidad de medios para llegar a la liberación de la necesidad, principalmente el seguro social obligatorio complementado por una aseguración voluntaria para mejorar la previsión y una aseguración nacional gratuita contra las necesidades derivadas de cualquier otra causa y 3) Reconocimiento que el bienestar colectivo debe ser fruto de

una estrecha colaboración entre el Estado y los individuos, las leyes respectivas se sancionaron en Gran Bretaña en 1949”.²

En el “Plan Beveridge” se definió que la previsión social consiste en un conjunto de medidas adoptadas por el Estado para los ciudadanos, contra los riesgos de su actividad individual, los que nunca van a dejar de aparecer, por elevada que sea la situación de la sociedad donde viven. Es un mecanismo de protección ante el riesgo potencial a que se está expuesto, pero al concretarse este, es necesaria una situación de auxilio y corrección para sus consecuencias.

En el camino de la transformación del concepto de previsión social hacia la seguridad social, se rompió el principio en el que en tanto aquella se limitó a los trabajadores asalariados, la segunda cualquiera que sea el régimen económico, tiene la pretensión de extender sus beneficios a todos los hombres en estado de necesidad, en condiciones de igualdad, libertad y dignidad, para evitar la miseria y promover el bienestar material y cultural de todos los pueblos, como un anhelo purísimo de justicia social, se destaca la labor de la Organización Internacional del Trabajo la Carta del Atlántico en 1941, luego la Declaración de Filadelfia en 1944 y finalmente el Convenio 102 de 1952, denominado “Norma mínima de seguridad social”, considerado por Etala³ citado por Martínez Vivot, como el exponente del nuevo concepto de seguridad social, apartándose de los principios que preconizaban el seguro social como único método o instrumento de ésta y admitiendo nuevas técnicas, sistemas o métodos en especial los financiados por medio de impuestos y la asistencia social, sobre estas bases y sin descuidar particularidades laborales se fue afirmando, especialmente en los países industrializados, un nuevo sistema de seguridad social, salud, distribución de la vida humana en fases distintas y flexibles de actividad e inactividad y a otras carencias que necesariamente exigen una respuesta social. La característica de esta etapa es poder cubrir a toda la población, deja de ser un sistema contributivo y se busca que se le otorgue mayor financiación fiscal.

² **Ibid.**

³ **Ibid.**

D) Cuarta etapa, además a las tres mencionadas puede agregarse una más, la que puede denominarse como crisis de la seguridad social, la que es tema de debate en foros internacionales, pues la imagen de crecimiento económico, expansión y progreso fue sustituida por una situación de escasez e insuficiencia, frente a circunstancias como prolongación de la vida, avances de la tecnología y la cada vez más pronunciada desocupación, los cálculos actuariales en que se forjaron las expectativas de los sistemas de seguridad social y sus respuestas, quedaron desactualizados, la financiación prevista resultó insuficiente, provocando prestaciones (beneficios) reducidas o deterioradas, por ello la realidad económica y la renta nacional, deben observarse para un acomodamiento real a las circunstancias.

Esta seguridad social es uno de los objetivos que se pretende alcanzar con la política de seguridad social y el mecanismo económico pertinente, es el de la redistribución más equitativa de los ingresos, particularmente a favor de las categorías que constituyen la población no activa, teniendo en cuenta sus necesidades individuales. Una de las primeras formas de redistribución es la provisión de ingresos a aquellos que no disponen de ellos, por estar padeciendo una contingencia social. “Un sistema de seguridad social es el conjunto armónico e integral de medios técnicos y jurídicos, implantado en un país dentro de un tiempo determinado y para la protección humana frente a contingencias sociales.... puede definirse como la “organización” de una redistribución destinada a garantizar la seguridad económica de ciertas personas”.⁴

En su evolución los fines de la seguridad social han sido inicialmente la indemnización y luego prevención, que buscan la defensa del hombre contra contingencias básicas (deterioro de la salud y pérdida de medios económicos), pero se hace necesario otro fin con acciones promocionales encaminadas al aprovechamiento de todos los recursos posibles para hacer que el ser humano desarrolle su personalidad, eleve el nivel profesional, equilibre la estabilidad social, movilice la solidaridad y accione los

⁴ Ruprecht, Alfredo J., **La protección del trabajo en el mundo moderno**, Volumen II, Pág. 353.

mecanismos para conseguir los mínimos e indispensables de bienestar social que una sociedad moderna debe garantizar. La primera forma de actuación de la política de seguridad social fue con acciones de policía, en áreas alimentaria, sanitaria, etcétera, en respeto a la libertad individual dentro de la convivencia social, eran acciones de mera vigilancia en el cumplimiento de las normas, luego se dieron acciones de fomento, encaminada a crear estímulos y facilidades para que el interés de los particulares se extendiera o ampliara sus actividades a satisfacer necesidades básicas, tales como salud, educación, vivienda, producción industrial, fundamentalmente con exenciones tributarias y subvenciones, pero la acción de policía reforzada con la de fomento no fueron suficientes y cada vez el Estado se sentía más responsable de garantizar una vida adecuada a la sociedad, por lo que tuvo que acudir a la ayuda de carencias vitales, cumpliendo ciertos fines propiamente la administración (Estado) y se concretó una tercera acción llamada de servicio público, o sea el desarrollo directo de una actividad para asegurar el cumplimiento de fines fundamentales para la vida social.

La Organización Internacional del Trabajo en su reunión de Filadelfia en 1944 establece que: “La seguridad social es el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad a fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra ciertos riesgos a los que se hallan expuestos y que les originan gastos imprevistos”.⁵ Luego en 1951 señala sus normas mínimas y sus objetivos, ya que aquella lo que se propone es asegurar a cada trabajador o persona a su cargo, por lo menos, medios de subsistencia que le permitan hacer frente a cada contingencia que origine la pérdida o reducción involuntaria de ingresos del trabajador, por lo que en 1952 su Asamblea anual aprobó el Convenio 102, sobre normas mínimas de seguridad social. La Organización Internacional del Trabajo define el costo de la seguridad social como “la cantidad necesaria para pagar las prestaciones y los gastos de administración” en ello está implicado un cálculo previsible de ingresos y egresos, un presupuesto, según los compromisos correspondientes al pago de prestaciones y los recursos que se dispondrá,

⁵ Martínez Vivot Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Buenos Aires, Argentina, Pág 634.

condicionados ambos términos a una política social y económica integrada. En cuanto a la financiación de la seguridad social dice, se presentan dos modalidades básicas a saber: a) La contributiva mediante cotizaciones a cargo de diversos sujetos obligados y b) No contributiva que se financia con impuestos generales o especiales, puede optarse por uno de ellos en forma total o parcial, es decir puede crearse una financiación mixta.

Relacionado a lo anterior, Almansa Pastor y Grego respectivamente, citados por Martínez Vivot, indican: “De nada sirven las más bellas declaraciones sobre las consideraciones debidas a los individuos en sus necesidades, si no existe la norma concreta que la establezca, la acción para reclamarla y una infraestructura suficiente de respuesta para atenderla.” “El objeto del derecho de la seguridad social es la satisfacción de necesidades individuales, derivadas de contingencias sociales, las que son valoradas como socialmente protegibles y que el mismo no se agota en los sistemas, regímenes y normas que reglamentan derechos y obligaciones, sino que se exterioriza también en los planes económico sociales integrados por los gobiernos, en la política social, en las técnicas asistenciales, extensión e intensidad de los servicios... y también la conciencia colectiva de la protección que brinda la comunidad a sus integrantes contra las consecuencias dañosas de ciertos eventos”.⁶

Para una toma de conciencia, no solo de los gobiernos, sino de toda la población sería necesario que se aceptase la existencia no más del seguro social, sino de la seguridad social más extensa, citado por Alfredo J. Ruprecht, Armando de Oliveira Assis (Brasil), quien ejerció elevadas funciones en la previsión social... e hizo el estudio “Fundamentos de la Seguridad Social”, justifica diciendo que existen tres pilares que forman su base: “a) Fundamentos sociológicos basados en los principios de socialidad (inserción del individuo en la sociedad, como titular de obligaciones y derechos) y universalidad (extenderse a todos sin exclusión para asegurar la paz social) ; b) Fundamentos económicos basados en los principios de solidaridad (contribución pecuniaria imprescindible de todos) y esencialidad (dar lo imprescindible

⁶ Martínez Vivot, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Buenos Aires, Argentina, Pág. 636.

para la dignidad humana) y c) Fundamentos político jurídicos basados en los principios de unidad (perennidad en el Estado como expresión de la sociedad) y sustancialidad (garantía y certeza de protección ante necesidades)".⁷

Considero que esto incluye además de la infraestructura, mecanismos y procedimientos para atender las reclamaciones por negativa de brindar los beneficios inherentes a la seguridad social y su posterior otorgamiento efectivo conforme la normativa legal, que se base en los principios de sencillez, celeridad, economía equidad y justicia. La seguridad social no puede ser enfocada como (previsión social) dentro de las relaciones laborales, teniendo como base mantener la fuerza de trabajo en su plena capacidad, con un sentido mercantilista con miras a obtener un retorno, de carácter económico sino como una respuesta solidaria de la sociedad para cada uno de sus miembros que contribuyen a ese desarrollo económico, que debiera ser general, para quienes aportan su esfuerzo para realizar actividades lícitas, ya sea dentro de una estructura asalariada o no, ya que el régimen de seguridad tiene tres pilares El Estado, los empleadores y trabajadores.

1.2. Definición, principios, características, beneficios

En el país la previsión social se consideran una parte del derecho de trabajo, y está regulada como un derecho para los trabajadores de la estructura formal asalariada, pero esta definición ha evolucionado hacia "seguridad social", comprendida esta como un derecho para toda persona que se encuentra en estado de necesidad, por lo que algunos juristas opinan que es una rama que se separa del derecho de trabajo para consolidarse en lo que definen como "derecho de la seguridad social", con normas jurídicas especiales, propios principios que lo inspiran, características y beneficios específicos cuyo fin es brindar auxilio al ser humano en estado de necesidad, derivado del acaecimiento de una contingencia,

⁷ Ruprecht, Alfredo J., **La protección del trabajo en el mundo moderno**, Volumen II, Pág. 410.

para que éste no quede en el desamparo, condenado a la miseria, cuando disminuye o pierde su capacidad para obtener ingresos.

1.2.1. Definición

Es necesario consignar una definición y al respecto comenzaré por indicar lo que Julio Martínez Vivot considera como seguridad social “Es la que está conformada por el conjunto de medidas destinadas a garantizar en la sociedad una protección adecuada contra ciertos riesgos, o bien eventos bioeconómicos”.⁸ asimismo Almansa Pastor citado por aquel, la entiende analizada desde una perspectiva política, como una misión fundamental del Estado, al que le corresponde particularizar los medios o instrumentos con que se pretende conseguir la finalidad de la seguridad social y dentro de todo esto las relaciones jurídicas a que ésta da lugar, son esenciales. Deveali y Alonso Olea, citados por Julio Martínez Vivot indican, que la seguridad social puede tener dos sentidos, uno amplio ligado al bienestar social, el cual conlleva múltiples exigencias y el otro restringido atribuido a la OIT, que se refiere a la seguridad social, la que es sólo una parcela de esas exigencias, pues se limita a los riesgos y a las medidas y mecanismos que se arbitran para el amparo contra ellos, en la definición de Almansa Pastor, “la seguridad social es el instrumento estatal protector de necesidades sociales, individuales o colectivas, a cuya tutela, preventiva o reparadora, tiene derecho los individuos, dentro de la extensión, límites y condiciones que las normas dispongan según lo permita su organización financiera.”⁹

Para Podetti citado por Martínez Vivot la seguridad social es “El conjunto de medios técnicos, regulados por normas jurídicas, con fundamento en la solidaridad y en la responsabilidad personal y social, tendiente a liberar al hombre de la opresión de la miseria, mediante el otorgamiento de prestaciones, cada vez que se configuren contingencias sociales que afecten desfavorablemente el nivel de vida de las personas protegidas, sus familias y quienes estén a su cargo”.¹⁰

⁸ **Tratado de derecho del trabajo**, Pág. 633.

⁹ **Ibid**, Pág. 635.

¹⁰ **Ibid**.

En un plano más progresivo, Julio Martínez Vivot en su libro Tratado de Derecho del Trabajo indica “El derecho de la seguridad social, es el conjunto normativo en cuya función se intenta dar una protección concreta, con carácter de beneficios, a los afectados por las contingencias sociales comprendidas en el sistema y a través de una organización regulada, destinada al efecto”.¹¹

Esas normas establecen las regulaciones legales referentes a obligaciones de quienes deben colaborar solidariamente y también qué requisitos deben cumplirse en general para ser sujeto integrante del sistema de relaciones de la seguridad social, quienes pueden ser los beneficiarios, así como las prestaciones o beneficios a que se puede tener derecho cuando las consecuencias de un riesgo social afecten al individuo que integra la sociedad.

Grego, citado por Martínez Vivot, define el derecho de la seguridad social como “El conjunto de normas, principios y técnicas que tienen por objeto atender la satisfacción de necesidades individuales derivadas de la producción de determinadas contingencias sociales, valoradas como socialmente protegibles, agrega que el mismo no se agota en los sistemas, regímenes y normas que reglamenten derechos y obligaciones, sino que la seguridad social se exterioriza también en los planes económico-sociales integrados de los gobiernos, en la política social, en las técnicas asistenciales, cualquiera sea la extensión e intensidad de los servicios que se presten y también constituye seguridad social la conciencia colectiva de la protección que brinda la comunidad a sus integrantes, contra las consecuencias dañosas de ciertos eventos”.¹²

Conforme los textos analizados, considero que el derecho de la seguridad social, está constituido por el conjunto de doctrinas, teorías, principios y normas jurídicas, codificadas o no que regulan la forma y los medios de protección que la sociedad

¹¹ **Ibid.**

¹² **Ibid**, Pág. 636.

otorga a cada uno de sus miembros cuando acaece una contingencia que provoque limitación o pérdida de su capacidad para obtener ingresos y las diversas relaciones jurídicas que puedan generarse al respecto, para lo cual es necesario la existencia de un sistema o régimen de medidas, procedimientos, programas de servicios y prestaciones que son administrados unificadamente por uno o varios órganos, establecidos por el Estado.

Ese sistema o régimen debe ser orientado en base a una política social del bien común, al que se debe contribuir en forma obligatoria para algunos y otros solidariamente en base a la responsabilidad social que cada uno tenemos para con los demás, como contribución para propiciar mantener la justicia y paz social; con el fin de garantizar a todos o por lo menos a la mayoría de habitantes salud, y bienestar, lo que implica como mínimo proveer subsidiariamente en caso de necesidad, los medios para obtener alimentación, vestuario, servicios médicos, hospitalarios y vivienda, al sufrir disminución o pérdida de sus ingresos en forma involuntaria, otorgándoles beneficios para afrontar de mejor manera determinadas contingencias (riesgos sociales) que pudieran afrontar en el transcurso de su vida, tales como, enfermedad, accidente, maternidad, invalidez, vejez o viudez, desempleo o cesantía, asimismo que en su caso, la normativa jurídica especial relacionada, establezca, acciones y procedimientos de respuesta oportuna para reclamar, basados en los principios de sencillez, celeridad, economía, equidad, justicia y gratuidad, que haga positivo este derecho.

El régimen obligatorio actual atiende a trabajadores por cuenta ajena, dentro de la estructura formal asalariada en relación de dependencia, pero a pesar de los reducidos recursos con que actualmente cuenta el órgano encargado de la seguridad social en el país, derivado de diversas circunstancias incluso anómala administración, es necesario que el derecho a la seguridad social, especialmente por ser una garantía constitucional, sea efectivamente positivo y que se tomen las medidas y procedimientos adecuados para facilitar el acceso a sus beneficios; ya que para todos los que desempeñan una actividad laboral en relación de

dependencia, esto debiera ser ya una realidad, sin ningún tipo de discriminación, ante diversas prácticas evasoras de responsabilidades por parte de los patronos.

En armonía con la evolución de la seguridad social en sociedades más avanzadas y lo expresado por la Organización Internacional del Trabajo, el ideal es extenderla a todos los habitantes, en base al principio de solidaridad y la doctrina de la responsabilidad social, para mantener la paz.

1.2.2. Principios

Los principios del derecho de la seguridad social, según Julio Martínez Vivot, son: “a) solidaridad, b) subsidiariedad, c) inmediatez, d) irrenunciabilidad, e) igualdad, f) universalidad, g) integralidad, h) unidad de gestión, i) participación de los interesados,”¹³ aunque los cuatro últimos los considera como tendencias de su evolución o características. Considero a los anteriores se le podría agregar el protectorio y de primacía de la realidad, porque lo fundamental es la protección preferente del beneficiario y que los hechos de la realidad deben prevalecer.

a) Solidaridad. Niega el individualismo, la sociedad se propone una solidaridad necesaria para el mejor cumplimiento de sus fines y la armónica relación, interdependencia entre los individuos que conlleva el compartir dentro de límites adecuados, pues el individuo no vive aislado, la seguridad social que se extienda a todos los habitantes activos, en base a la cooperación y la ayuda, es un deber colectivo derivado de una ley natural, es una forma de cumplir con el principio genérico de justicia social. Concretizo que este principio es base para la nueva concepción de derecho de la seguridad social, pues lo que se pretende es la dilución de los efectos de los riesgos, como una responsabilidad social, inicialmente como previsión social, se limitó a trabajadores asalariados solamente y la responsabilidad respectiva a trabajadores, empleadores y Estado,

¹³ Martínez Vivot, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Págs. 641-644.

ahora le atañe a cada ciudadano no solo en contribuir, sino también a gozar de sus beneficios.

- b) Subsidiariedad. La seguridad social no debe reemplazar lo que a cada hombre le corresponde hacer como sujeto y protagonista de su propia vida y de la historia social, cada individuo debe arbitrar los recaudos y provisiones necesarios para tratar de superar las distintas dificultades que se le presenten en la vida, lo que se pretende es ayudarlo, facilitarle, orientarlo, estimularlo para procurar que coordinadamente pueda atender sus necesidades, las prestaciones no son de uso obligatorio, sino derechos que pueden ejercerse o no, sólo en caso de necesidad, la subsidiariedad también se manifiesta en la limitación de respuestas a las contingencias, pues se trata de compensar el defecto de ingresos o el exceso de gastos ante éstas.
- c) Inmediatez. Las respuestas que da el sistema de seguridad social deben llegar oportunamente, ya que están destinadas a remediar situaciones, paliando sus efectos o confiriendo ayuda oportuna.
- d) Irrenunciabilidad. El sistema se funda en una participación necesaria, según las circunstancias, de obligados eventuales beneficiarios, que no pueden eludirla alegando que no usarán las prestaciones, aunque se pueda renunciarlas para buscar respuestas más satisfactorias, pero ello no libera de aportes o contribuciones, que todos los obligados a contribuir trabajadores, empleadores y Estado, lo hagan o que se les pueda compeler al efecto. Asimismo otro aspecto sería que el que debe ser beneficiario de las prestaciones, no se vea afectado en sus derechos, por incumplimiento de otro obligado por la normativa vigente, siendo necesario garantizarle el otorgamiento de la protección respectiva.
- e) Igualdad. Tanto en el aspecto contributivo, como en lo relativo al goce de los beneficios, que no haya discriminaciones arbitrarias en situaciones objetivamente similares, no se puede establecer diferencias en la clase y cuantía de las

prestaciones y en el reparto de carga financiera. Considero este último como un principio trascendental para el derecho del trabajo y específicamente para las normas relacionadas a la seguridad social, ya que como entendió Marx “el fin de la justicia futura es dar a cada quien lo que necesite”, una existencia decorosa solo puede darse si la persona está en condiciones de satisfacer las necesidades básicas propias y las de su familia a través del trabajo, y en torno a lo anterior es la tendencia manifestada por la Organización Internacional del Trabajo actualmente.

- f) Universalidad. Generalización de las personas comprendidas en el sistema, con el propósito final de que toda la población quede amparada por él, pues en sus inicios solo los trabajadores dependientes y los de medios urbanos eran los que gozaban de algunos beneficios sociales, ahora también comprende a los trabajadores autónomos en algunos países, se considera un derecho sin exclusiones de ninguna índole.
- g) Integralidad. Comprensión de un número cada vez mayor de contingencias, con relación a las posibles respuestas que se tenían en tiempos anteriores, para que con el transcurso del tiempo esta cobertura asegure mejor la existencia decorosa del individuo en las diversas facetas de su vida, lo que promueve una sociedad más igualitaria y armónica.
- h) Unidad de gestión. Que se refiere a que se organice de forma funcional el sistema de seguridad social, para evitar desigualdades y complejidades innecesarias. Unidad administrativa, sin perjuicio de descentralización y autonomía y también unidad legislativa, que haya coordinación e intervencionalidad entre los entes encargados.

Considero que en el país el ente gestor de la seguridad social es el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, al que el Estado le ha delegado esta importante función, para que haya unidad y políticas sociales orientadas al bien

común, en éste deposita la población asalariada sus anhelos de seguridad y vida digna en el presente así como para el futuro incierto y le confiere las facultades para promoverlos.

- i) Participación de los interesados. Es conveniente que obligados y beneficiarios de la seguridad social participen en la administración de los órganos dispuestos al efecto, sin desplazar al Estado en la función de gestor principal, a través de administraciones mixtas.

Considero que la administración de las instituciones estatales no debe continuar guiándose por criterios individualistas, basados en intereses particulares y la indiferencia ya que el tejido social se conforma por seres interdependientes que desean conforme el espíritu de los principios del derecho de trabajo principalmente y los propios del derecho de la seguridad social, los artículos 1, 2, 3, 93, 94, 95, 99 y 100 de la Constitución Política de la República protección de la vida desde su concepción, en el propio entorno familiar y luego social, en el que haya seguridad en sus diversas formas, paz y desarrollo. Las condiciones primarias para el bienestar común serán que todos y cada uno de los habitantes tengan acceso a una alimentación y nutrición que reúna los requisitos mínimos de calidad, la salud mental y física, derecho fundamental del ser humano y bien público, de cuyo goce es garante El Estado, para procurar el más completo bienestar individual, familiar y social, que es el fin del derecho de la seguridad social del cual es sujeto el ser humano en general. El Estado debe velar porque las instituciones públicas relacionadas a la seguridad social guíen su administración por principios de honestidad, transparencia y solidaridad.

1.2.3. Características

La idea de la seguridad social nació en el mundo capitalista, pero no es ese su destino, sino más bien pertenece al mañana, pudiendo ser otro el sistema económico que prevalezca. El autor Urbano Farías define como características de la seguridad

social: “a) El sentido universal y de eternidad; b) Resolver el problema de la necesidad humana y c) Separación del derecho del trabajo, como derecho de la seguridad social; d) Supresión de la noción de riesgo”.¹⁴

- a) El sentido universal y de eternidad: Esta nueva concepción surgió por el cambio en las ideas, hubo un tránsito de la previsión social unida al derecho del trabajo, para trabajadores dependientes asalariados, hacia la seguridad social, aún sobre consideraciones políticas, como sistema para resolver, en el presente y en el futuro, en todos los pueblos y para todos sus habitantes, el problema de la necesidad, para evitar la miseria, su fin se enfoca hacia todo ser humano, en cuanto a aportar y beneficiarse.
- b) Su fin resolver la necesidad humana: La seguridad social dejó de contemplar las clases sociales y sus antagonismos, mira a la persona como ser humano a fin de resolver el problema de su necesidad y asegurarle una vida decorosa, presente y futura, mientras sea sujeto activo dentro de un sistema económico dado y cuando llegue a la vejez o sufra alguna contingencia, derivada de los riesgos del trabajo en general.
- c) Separación del derecho del trabajo: La previsión social forma parte del derecho del trabajo, pues es una obligación de los empresarios, derivada de las relaciones de trabajo, como lo es el salario, del que en última instancia forma parte, como su promulgación para el futuro y ahora se proclama que la seguridad social surge como nueva rama del derecho, ya que ésta pretende resolver el problema de la necesidad humana al enfrentar una contingencia, en base a la solidaridad social, por lo que se debe dar cobertura a todos los individuos, bien como parte del derecho social o que ésta pretende extenderse hacia áreas del derecho del trabajo, incluso se ha expresado que en la sociedad del porvenir podría desaparecer la división de la sociedad en poseedores y desposeídos y por ende

¹⁴ Farías, Urbano, **El nuevo derecho mexicano del trabajo**, 3ª edición, Tomo II, Págs. 50-52.

las clases sociales, es posible lo que subsista del derecho del trabajo se fusione con la seguridad social en un estatuto que satisfaga la necesidad humana desde la concepción del ser hasta su muerte.

- d) Supresión de la noción de riesgo: Pues la seguridad social del mañana no partirá de la noción del riesgo, sino su fin es cubrir la necesidad de toda persona humana, como la maternidad, educación de los hijos y la capacitación profesional entre otros no encajan en la definición de riesgo, que sería contingencia o proximidad de un daño, contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.

1.2.4. Beneficios

También se les denomina como prestaciones de la seguridad social, son las respuestas que se ofrecen a las distintas contingencias previstas y cubiertas en cada sistema y se les puede llamar a quienes las reciben o usufructúan como prestatarios o beneficiarios. De la Villa y Desdentado Bonete, citados por Martínez Vivot, entienden por prestaciones, en un sentido amplio, “Conjunto de medidas técnicas o económicas que pone en funcionamiento el sistema de seguridad social para prever, superar o reparar los estados de necesidad derivados de la actualización de ciertas contingencias” Asimismo, cita a Vásquez Vialard, que las define como “contenido del derecho de crédito que se reconoce a cada persona (beneficiario) que se halla en una situación de contingencia social y que puede reclamar contra la agencia que administra el servicio”.¹⁵

Para gozar de estas prestaciones se exige, no solo que se demuestre la contingencia, sino que se hayan cumplido algunos requisitos, que el sistema considere indispensables para su otorgamiento, particularmente en los no asistenciales, tales como cierta antigüedad en el sistema, cierto lapso de incapacidad para poder acceder

¹⁵ Martínez Vivot, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Pág. 650.

a los beneficios, normalmente se les exige para evitar desajuste financiero del sistema o posibles fraudes.

Las prestaciones pueden consistir en sumas de dinero vinculadas a las consecuencias económicas que origina la contingencia y que tienden a compensar la reducción de ingresos, la imposibilidad de obtenerlos o los mayores gastos que se producen por las circunstancias, siempre en menor importe, por la razón misma de subsidiariedad. Se las clasifica en uniformes, por la uniformidad en el monto de la cotización y una tarifa fija de respuesta a la contingencia y en proporcionales, éstas imponen mayores contribuciones, pero permiten al asegurado conservar su nivel de vida.

Considero que un sistema de prestaciones basado en la proporcionalidad, es contrario a los principios y características del derecho de la seguridad social, cuando el salario del asegurado es bajo y se otorgan en base al monto de cotización al seguro social, sería un tratamiento injusto, ya que se tendría como fundamento el ingreso económico y aportaciones del asegurado. La mayoría de regímenes de seguridad social han sido regulados a manera que no puede regularse legalmente un acceso restringido para determinadas prestaciones a las personas que no reúnan la condición económica de aportes necesarios, pues esto profundizaría la división social, cayéndose en discriminación y lo que se persigue a través de la seguridad social, es el bienestar común, en una sociedad cada vez más igualitaria, solidaria e integradora en cuanto a los derechos constitucionalmente otorgados a la persona, entre los cuales el acceso pleno a la salud es básico para toda la población y especialmente para el que con su fuerza de trabajo contribuye al desarrollo económico de un país.

También existen prestaciones en bienes o servicios para responder a la contingencia, como ocurre con la atención médica, internación hospitalaria, recreación y turismo social, que pueden ser suministradas por el mismo organismo gestor, por terceros a quienes se envía al beneficiario o por el propio obligado, aunque en otros casos el afectado puede también elegir el servicio y tener un reintegro, también puede haber

imposición de pagar alguna suma de dinero en ciertas prestaciones en especie, con lo que se abarata la prestación y evita el uso abusivo del beneficio.

Según la finalidad del servicio pueden ser “reparadoras (asistencia médica o farmacéutica, hospitalización) recuperadoras (rehabilitación funcional, orientación y formación profesional) y preventivas (acceso a información, medicina preventiva, seguridad e higiene en el trabajo)”.¹⁶

Opino que es necesario agregar a lo anterior que además, se deben establecer las normas que regulen específicamente un procedimiento rápido de reclamo cuando haya negativa de brindar las prestaciones sociales.

Las prestaciones y requisitos para obtenerlas en el país se han regulado a través de Acuerdos emitidos por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y en materia de accidentes se da un tratamiento generalizado a estos, sin hacer ninguna diferencia en el caso que se trate de un accidente de trabajo que es uno de los temas que nos ocupa.

El Acuerdo número 1002 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Reglamento sobre Protección Relativa a Accidentes, establece en su primer considerando que el régimen de seguridad social debe otorgar a sus afiliados y a los familiares que dependan de ellos, protección en caso de accidente compatibles con el mínimo que el interés y la estabilidad social requieran que se les conceda en armonía con la capacidad financiera del Instituto. El artículo 1 del mismo estipula: “Por accidente toda lesión orgánica o trastorno funcional que sufra una persona, producida por la acción repentina y violenta de una causa externa sea o no con ocasión del trabajo”

El Artículo 3 del cuerpo legal antes mencionado establece : “...otorga las prestaciones siguientes: a) Prestaciones en servicio al afiliado, cuando a la fecha del

¹⁶ **Ibid.**

riesgo, mantenga vigente su relación laboral; b) Prestaciones en dinero al afiliado, cuando a la fecha del riesgo mantenga vigente relación laboral y tenga acreditados, por lo menos tres meses o períodos de contribución dentro de los seis meses calendario inmediatamente anteriores al mes que ocurra el accidente; c) Prestaciones en servicio, al afiliado que se encuentre con licencia sin goce de salario o en período de desempleo, siempre que el accidente ocurra dentro de los dos meses siguientes a la fecha del inicio de la licencia o a la del desempleo y tenga acreditados, por lo menos tres meses o períodos de contribución dentro de los seis meses calendario inmediatamente anteriores al mes del inicio de la licencia o al mes de la terminación del último contrato o relación laboral; d) Prestaciones en servicio a los familiares del afiliado inscritos en los registros del Instituto, cuando el afiliado llene los requisitos establecidos en el inciso b) anterior. La asistencia médica, en caso de accidente, se concede al afiliado sin límite de tiempo.....”.

El Artículo 4 del Acuerdo indica que por meses acreditados de contribución, se entiende, son los meses en que el trabajador aparezca reportado en planillas oficialmente recibidas por el Instituto, siempre que por lo menos esté pagada la contribución de los trabajadores, aunque no haya trabajado los meses completos. Conforme Artículo 5 se tomará como base la información contenida en el Certificado de Trabajo que el patrono está obligado a extender a sus trabajadores, la demás información, los patronos están obligados a proporcionarla para establecer el derecho de sus trabajadores o la de sus familiares el último párrafo dice: “Si un trabajador no recibe prestaciones por causas imputables al patrono será este quien deberá cubrir las prestaciones respectivas.

El Artículo 15 indica: “La protección relativa a accidentes en general comprende los beneficios en servicio siguiente: a) Asistencia médico quirúrgica general y especializada, dentro de las posibilidades técnicas y financiera de la Institución. b) Asistencia odontológica. c) Asistencia farmacéutica. d) Rehabilitación y suministro de aparatos ortopédicos y protésicos. e) Exámenes radiológicos, de laboratorio y demás exámenes complementarios. f) Trabajo Social. g) Transporte, Hospedaje

y alimentación. Los Artículos 21 y 23 establecen que en caso de suspensión temporal para el trabajo ordenada por médico del Instituto, se otorgará al afiliado un subsidio diario equivalente a los dos tercios del salario base diario, éste se pagará a partir del segundo día de ocurrido el accidente y hasta el día que el médico tratante dé alta al afiliado para trabajar, el día del accidente, debe pagarlo completo el patrono.

El Artículo 30 del Reglamento estipula: “En caso de incapacidad permanente por mutilación, daño físico irreparable o trastorno funcional definitivo debido a accidente, el Instituto concede a sus afiliados que cumplan el requisito de contribuciones previas establecido en el inciso b) del Artículo 3, las siguientes unidades de beneficios pecuniarios; que serán pagadas de una sola vez, así: c) Nueve unidades por: 1. Pérdida en cualquiera de las dos manos, del dedo índice completo... 4. Pérdida en cualquiera de las dos manos, de un dedo completo y una o dos falanges del otro dedo, con excepción del pulgar. 5. Pérdida de una oreja completa. 6. Hernia irreparable...”d) e) Quince unidades, por: 1 8. Sordera de un oído. f) Dieciocho unidades, por: 1. 3. Pérdida material o del uso de cualquiera de las dos manos hasta la muñeca, inclusive. 4. Pérdida del pie, inclusive el tobillo. 5. Desfiguración notable de la cara g)..... h) i) Treinta unidades, por: 1. Pérdida de los dos ojos, o de un ojo, con disminución de más del 50% de uso del otro. 2. Pérdida funcional del aparato locomotor.”... etcétera.

En materia de enfermedades profesionales, no existe regulación específica vigente que oriente la prevención, forma de diagnóstico de éstas, su tratamiento, prestaciones e indemnizaciones específicas que debieran darse para éstas y para los accidentes de trabajo. En algunos países las enfermedades profesionales se especifican en listados, los que conforme las consecuencias que se observan en la salud de los trabajadores, el avance de la ciencia y la tecnología las organizaciones específicas promueven su observación y análisis para su posterior inclusión en estos listados, a fin de que el grado de afectación que la persona sufra por exposición ante cualquier agente causante, sea resarcido ese daño adecuadamente, así como medidas preventivas para preservar su calidad de vida.

1.3. Separación del derecho de la seguridad social del derecho de trabajo

La tendencia generalizada y conforme la cual se ha regulado en el país es la premisa que la previsión social antecedente de la seguridad social, es para proteger al elemento personal de la relación laboral, el trabajador, por ello se considera debe incluirse dentro del área normativa del derecho de trabajo, si se le considera para la protección de los económicamente débiles, como en el caso de la Ley para Protección del Adulto Mayor, que brinda auxilio a personas de la tercera edad en condiciones de extrema pobreza, que no reciben ningún tipo de cobertura a través de alguna pensión, la institución encargada de la administración de este programa funciona adscrita al Ministerio de Trabajo y Previsión Social. Con algunas salvedades, especialmente manifestadas entre los tratadistas alemanes, esta posición de incluir la seguridad social dentro del Derecho de Trabajo, ha sido la más extendida universalmente.

No obstante, en el derecho individual se resguardan los derechos del menor trabajador, de la mujer, el trabajo a domicilio; en la seguridad social, se ampara la condición de maternidad y se cubre a la familia o a los que dependen económicamente del beneficiario, mediante las asignaciones familiares. En el derecho laboral se cubre la eventualidad de la muerte del trabajador con fórmulas de extinción del contrato de trabajo y las indemnizaciones previstas para cada situación, mientras que la seguridad social protege al ser humano ante los riesgos del trabajo y ampara a la familia con las pensiones del régimen jubilatorio, por la diversidad de sujetos de la relación jurídica, objetos principios y medios técnicos, algunos tratadistas consideran que existe diferenciación, por lo que debiera considerarse al derecho de trabajo y al derecho de la seguridad social como ramas independientes.

Existe diferenciación entre el derecho del trabajo y el derecho de la seguridad social, desde hace años se discute, si estas dos ramas no son en realidad una sola materia. Para quienes han seguido la tradición doctrinaria, las diferencias entre ambos son muy

importantes, lo que hace que la mayoría mantenga su diferenciación, los aspectos relevantes que los diferencian son:

1. Distinto sujeto protegido: El derecho del trabajo ampara al trabajador en relación de dependencia, mientras que la seguridad social lo hace con los dependientes, independientes, si han dejado de trabajar, en definitiva, toda persona que requiera de algún tipo de amparo.
2. Distintos principios: El derecho del trabajo se rige por aquellos que amparan al trabajador en su condición hiposuficiente frente a la supremacía del empleador, mientras que la seguridad social se basa en los principios de protección de tipo general vinculados con la asistencia social, la intervención subsidiaria del Estado y su contenido solidario, a veces no contributivo y, a menudo, meramente asistencial. Los principios son además, antagónicos, los del derecho del trabajo son de naturaleza tuitiva, mientras que los de la seguridad social tienen que ver con la intervención subsidiaria del Estado frente a los derechos esenciales que debe custodiar, protección que se basa en situaciones o circunstancias de hecho denominadas contingencias sociales, cuya ocurrencia puede ser fatal aun cuando es incierta. En cambio, los principios del derecho del trabajo se concentran en proteger al trabajador y en equilibrar la relación con el empleador.
3. Diversidad de objetos: Los objetos esenciales del contrato o relación de trabajo son la remuneración y la actividad laboral del dependiente (poner a disposición del principal su fuerza de trabajo, realizando actos, realizando obras y prestando servicios), mientras que el objeto central de la seguridad social es la de proteger al hombre en general frente a las contingencias sociales.
4. Diversidad de contenido: En cuanto al de cada una de las ramas, la diversidad es fundamental. Mientras el derecho laboral fija normas que suplen condiciones contractuales para amparar al trabajador y crea condiciones para equilibrar su debilidad frente al empleador, la seguridad social genera subsistemas con el fin de

proteger a cualquier integrante de la sociedad frente a la ocurrencia de las contingencias sociales.

5. Los recursos técnicos de cada rama: Los recursos técnicos de cada rama del derecho son también diversos. Mientras el derecho del trabajo fija pautas que amparan al trabajador en el marco contractual, la seguridad social establece reglas vinculadas con el acceso o reparto equitativo y con fines sociales y asistenciales de los beneficios.
6. Distinta finalidad: El propósito de la seguridad social es proteger al hombre en general, con prescindencia de su estatus y en función de las contingencias sociales que pueden afectar su capacidad de ganancia y sus posibilidades de subsistencia, mientras que el derecho del trabajo es en esencia un derecho que busca equilibrar las fuerzas entre la inferioridad del trabajador y la eventual superioridad del empleador. La seguridad social es un instrumento de política social; en cambio, el derecho del trabajo tiene por fin regular las relaciones individuales y colectivas entre trabajadores y empleadores.
7. El derecho de trabajo su objeto es resolver el conflicto socio-laboral de un vínculo dinámico y cambiante, que se ve afectado por diversos factores, como el mercado, la globalización, las nuevas tecnologías, las nuevas formas de organizar el trabajo, la relevancia del cliente para la economía.
8. El derecho laboral parte de la premisa de que el trabajador está en inferioridad de condiciones respecto del empleador y procura lograr un equilibrio, se aparta de las reglas clásicas regidas por el principio de igualdad entre las partes.

El derecho del trabajo, constantemente debe adecuar sus instituciones conforme el avance de las situaciones reales en la práctica a través de mecanismos para resolver los estados de conflicto sobre la base del principio de continuidad del contrato de

trabajo. Los sujetos colectivos para la defensa de sus derechos laborales, pueden negociar con el patrono, método que no existe en otras ramas del derecho.

El derecho de la seguridad social se separó como rama independiente, ya que posee autonomía doctrinaria, en cuanto a lo elevado de las nuevas ideas, se aboga por una justicia social y auxilio con prestaciones sociales en el desamparo, para todos los miembros de la sociedad, no solamente para los que presten servicios dentro de la estructura formal del trabajo, esta concepción le da autonomía jurídica, pues posee principios propios, tiene autonomía procesal, ya que los asuntos relacionados a esta materia se regulan en leyes específicas, se resuelven por medio de procedimientos y órganos jurisdiccionales especialmente creados, distintos a los que conocen en materia laboral, como el caso de Argentina.

Considero entonces que el derecho de la seguridad social, es el conjunto de doctrinas, teorías, principios y normas jurídicas codificadas o no por medio de los cuales la sociedad establece mecanismos, medidas técnicas e instituciones especializadas para brindar prestaciones subsidiarias integrales, que amparan a la persona en estado de necesidad, en cualquier etapa de su vida, ante la posible ocurrencia de contingencias sociales, por las que pierda o limite su capacidad de obtener ingresos para su subsistencia y que le generan cargas económicas suplementarias, así como regulación legal de procedimientos gratuitos de reclamo, para facilitar el pleno goce de sus beneficios y sanciones que pudieran corresponder.

El derecho de la seguridad social, es una garantía constitucional, que se ubica dentro de los derechos económicos y sociales de la persona humana, por lo que ha trascendido de la previsión social, como un deber mercantilista de mantener la fuerza de trabajo activa y productiva en el modo de producción vigente, hacia una interpretación y aplicación más extensa, como responsabilidad de la sociedad, considerando que el todo debe atender a cada uno de sus miembros, pues la persona se desarrolla en sociedad.

CAPÍTULO II

2. Las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo

Las enfermedades profesionales y los accidentes de trabajo, son riesgos laborales a los que está expuesto el trabajador, derivado de la prestación de los servicios por cuenta ajena, por lo que el que se beneficia con el resultado de su esfuerzo, debe soportar también la responsabilidad por las consecuencias que estos provocan. Es necesario se defina cada uno de los conceptos enfermedad profesional y accidente de trabajo, se identifiquen sus características para considerarlos como tal, las consecuencias que provocan en la humanidad del trabajador y las que corresponde soportar al patrono, así como conocer criterios jurídicos para resolver aplicados en otros países, lo que permite concluir que el patrono es el creador del riesgo a que expone al trabajador y por ello debe asumir los costos de la prestación de los beneficios de la seguridad social, si omite cumplir su obligación de afiliar al trabajador.

2.1. Generalidades

Se tiene a la vista que en el siglo XIX fueron dos las instituciones principales derivadas de la previsión social, 1) los seguros sociales en Alemania, que abarcaron, por una parte la invalidez y la vejez y por la otra la enfermedad y los accidentes cualquiera fuera la causa de una y otros, lo que suprimió el problema de los riesgos de trabajo como algo distinto a los naturales y 2) La teoría francesa de los riesgos profesionales que puso a cargo de las empresas la reparación de los accidentes ocurridos por el hecho o en ocasión del trabajo. Llegamos a la traducción jurídica del cambio en las ideas “todo trabajador, sujeto a una relación de trabajo, tiene derecho, cuando sobrevenga una circunstancia que le impida cumplir su trabajo, a que la sociedad le proporcione los recursos económicos necesarios para que pueda continuar gozando de la misma condición de vida que disfruta y a que se le preste atención conveniente para su curación y rehabilitación”.¹⁷ Es un derecho imperativo, los

¹⁷ Farías Urbano, **Nuevo derecho mexicano del trabajo**, 3ª edición, Pág. 21.

empresarios quedaron señalados como contribuyentes, por consiguiente, no pueden negarse a cubrir la contribución que les corresponda, pero si no la cubren, podrá la institución seguir el procedimiento compulsorio que fije la ley, por lo que los beneficios son reclamables judicialmente de la institución destinada por la ley a prestarlos y cubrir sus indemnizaciones, si no existe deudor social al que pueda llamarse a juicio, no es posible hablar de previsión social, el antecedente de la seguridad social, la que es una nueva forma de concepción de la protección para todos los individuos, no solo para trabajadores.

Relacionado a la responsabilidad, en el pasado con el Derecho Romano, existía el principio de la culpa y posteriormente hasta la edad moderna con su expresión final en el Código de Napoleón, el principio contractual en el derecho civil el que para designar de una manera general la obligación de reparar el daño o perjuicio causado por el hecho de una persona a otra, todo hecho que causa un daño a otro obliga a aquel cuya culpa se produjo a su reparación, lo que también se extiende a las personas jurídicas y a las cosas, la fuente es la culpa por acción u omisión, donde se incluye, el hecho personal, el de otro y el de las cosas, los elementos de la responsabilidad civil según los maestros, pueden resumirse así: 1) un hecho del hombre 2) daño o perjuicio causado (patrimonial o moral) 3) violación de un derecho ajeno 4) noción de culpa, (incumplimiento culposo, no caso fortuito ni fuerza mayor) 5) fuentes de la responsabilidad (ley y el contrato), los elementos anteriores, pueden reducirse a dos, el acto dañoso (objetivo) y la culpa (subjetivo). Debía demostrarse la culpa del patrón, demostrarse que no había habido imprudencia de la víctima y no estaban cubiertas algunas contingencias como los casos fortuitos. El Derecho civil hacía responsable al empresario, únicamente en la hipótesis de culpa de su parte, pero para que prosperara una acción, era preciso que el trabajador probara, lo que Ripert, citado por Urbano Farías, calificó como “la invención de un jurista cuyo profesor debió ser Satán: a) la existencia de relación de trabajo; b) que el obrero había sufrido un accidente que le causó un daño; c) que ocurrió como consecuencia del trabajo desarrollado; d) que era debido a culpa del patrono, es decir que se había producido por acción u omisión del empresario, por su imprudencia o negligencia al

no adoptar las medidas adecuadas, que el patrono conscientemente utilizaba maquinaria defectuosa o la había instalado sin el respeto a las normas legales".¹⁸

Por conciencia, el sentimiento ético y la urgencia de imprimir a la vida un sentido humano y social se impuso el "Riesgo profesional" (riesgo creado), según el cual siempre existe responsabilidad patronal, salvo casos de fuerza mayor, pero cuya aplicación práctica tenía muchas lagunas, ya que no era un seguro social, de responsabilidad directa, el Parlamento de Francia derivado del sentimiento humano, por la expresión del dolor de los mutilados por las máquinas y arrojados a la miseria, hizo una excepción a los principios clásicos de la responsabilidad civil y adoptó la idea del riesgo profesional en la Ley del 09 de abril de 1898 que en su artículo primero decía "Los accidentes ocurridos por el hecho o en ocasión del trabajo a los obreros y empleados ocupados en las industrias le dan derecho, en beneficio de la víctima o de sus representantes a una indemnización a cargo del empresario",¹⁹ los juristas de Francia apoyados por debates parlamentarios y doctrinales explicaron que toda actividad humana está sujeta a riesgos, pero la producción industrial, por la utilización de maquinaria, tiene mayor peligrosidad algo que no existe en la naturaleza y que es desconocido en otras formas de producción, esto ha provocado el aumento vertiginoso de los accidentes, inevitables aún para el trabajador y empresario más cuidadosos, al ser el propietario de la fábrica el creador del riesgo nuevo, debe éste soportar los daños que produzca, lo objetivo es la peligrosidad inevitable, con lo que se separa lo referente a accidentes de trabajo, de la concepción subjetivista de la responsabilidad personal como fuente única de obligaciones y se excluyó la noción de culpa.

Fue en Alemania donde se proclamó la idea de los seguros sociales, la sociedad representada por el Estado y la economía representada por el capital y el trabajo debían contribuir en forma tripartita al aseguramiento contra los riesgos que pudieran producir disminución o pérdida de la aptitud para el trabajo, ya que el principio base de la vida nacional es el hecho de la solidaridad social. Con miras hacia la justicia

¹⁸ Farías, Urbano, **El Nuevo derecho mexicano del trabajo**, 3ª edición, Pág. 110.

¹⁹ **Ibid**, Pág. 112.

social, Georges Ripert, citado por Urbano Farías, dijo “La democracia moderna no puede poner el riesgo a cargo de quien no interviene en su creación ni recibe los beneficios que la producción concede al creador de él”.²⁰ La nueva responsabilidad es resultado de la consecuente lucha de que prevalezcan los valores humanos sobre los valores materiales de la economía, en donde esta estructura debe asegurarle una existencia decorosa a la persona que da su trabajo útil y honesto.

En las sociedades progresistas, con una elevada y positiva cultura de justicia social, como Chile que el 1 de febrero de 1968 promulgó la Ley 16,744 llamada “Ley de Seguro Social Obligatorio”, durante ese siglo, se llegó al criterio de “riesgo social”²¹, según el cual por razón del seguro se provee un fondo de garantía para el caso de que no hubiere patrones solventes o fueren inexistentes en el momento de la incapacidad, últimamente se ha propuesto el principio de “la seguridad social”, según el cual toda la comunidad debe contribuir al financiamiento del seguro, aunque el patrón cause riesgos a sus trabajadores. Por el mayor desarrollo socioeconómico y mejor nivel de vida, hay una menor necesidad de seguros contra los riesgos comunes, seguros que son muy evidentes en los países en fase de desarrollo como es el caso de Latinoamérica, en los cuales se plantean problemas esenciales como el logro de pleno empleo y el exceso de oferta de mano de obra, en su mayor parte no calificada, en cambio los seguros sociales contra riesgos del trabajo tienen una estructura bien definida, obligatorios y universales, en todos los países desarrollados, sean del área liberal o socialista.

En cuanto a la enfermedad profesional, el especialista en salud puede ser más activo frente a los seguros contra las afecciones profesionales, puesto que puede conocer y evaluar los diversos agentes causantes y los medios para combatirlos, promoviendo así una actitud preventiva, que es la base de la salud ocupacional. Para ello además de las armas médicas, técnicas y legales que le proporcionan las instituciones de salud o del trabajo, puede usar también a los seguros sociales como promovedores de

²⁰ **Ibid**, 9ª edición, Pág. 120.

²¹ Ruprecht , Alfredo J. Dr., **La protección del trabajo en el mundo moderno**, Volumen 2, Pág. 504.

acciones preventivas, usando en este caso tasas diferentes según las condiciones del trabajo y las afecciones producidas a causa de ellas.

Los seres humanos, hombres y mujeres no pueden ser clasificados en compartimientos comunes y profesionales para los efectos de su salud y bienestar y de la dación de los beneficios económicos y médicos que proveen los seguros sociales, en lo posible deberíamos tender a dar al asalariado una cobertura única a través de un seguro único, con una responsabilidad patronal colectiva y obligatoria. Lo esencial de la salud ocupacional es la prevención de los riesgos, la adaptación al trabajo y a su mejor salud física y mental, no obstante en la mayoría de países latinoamericanos trabajadores y legisladores se preocupan más en dar bonificaciones en dinero, en razón de trabajos pesados o en ambientes tóxicos o insalubres, estos ambientes podrían causar un “desgaste físico anormal” o un “envejecimiento prematuro”, los problemas de salud y seguridad del trabajador no se refieren solo a hechos consumados, sino que también a beneficios especiales de seguridad social que inciden en los horarios de trabajo, años laborales, feriados especiales y jubilaciones anticipadas.

El camino de los seguros sociales, se inició en Alemania, obra del Canciller Bismarck, se dejaba de lado su anterior concepción y la nueva idea se denominó la era de la política social en la que declaró que al trabajador le importa la seguridad de su futuro tanto o más que su presente, porque en la vida diaria su ingenio y energía de trabajo pueden hacerle subsistir, “debe tener el derecho que su actividad en el presente y en el mañana inmediato le asegure la existencia en el futuro, cuando los años o la adversidad no le permitan trabajar”.²² Luego la creación de los seguros sociales implicaba la manera de obtener los elementos pecuniarios necesarios para el funcionamiento del sistema, la solución en su tiempo fue prodigio renovador, se construyó sobre la base de que la sociedad, representada por el Estado y la economía representada por el trabajo y el capital debían contribuir al aseguramiento de los riesgos susceptibles de producir la disminución o pérdida de la aptitud para el trabajo,

²² Farías, Urbano, **El nuevo derecho mexicano del trabajo**, 9ª edición, Pág. 116.

entre éstos se encontraban no solamente los accidentes y enfermedades que tomaban su causa en el trabajo, sino también la maternidad, vejez, invalidez y la muerte que arrojaba la familia a la miseria, fue una reparación social despersonalizada, ya no la individualizada por los actos de cada empresario.

Francia y Bélgica libraron una batalla para la concepción más humana de la justicia y Raymond Saleilles habló de una responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas, que hacía a un lado la exigencia de un acto culposo, pero la culpa del trabajador la habría hecho inaplicable, ya que la responsabilidad derivaría de la creación de un riesgo específico por su peligrosidad, en base a lo que se dictó una sentencia el 16 de junio de 1896 relacionada a un daño causado por la explosión de una máquina, que aunque se probó que el accidente tuvo su causa en un vicio de construcción de la misma, el propietario no quedaba libre de responsabilidad, fue esa jurisprudencia nueva, la que obligó al parlamento a preparar una ley de accidentes de trabajo, la que fue votada en 1898, los maestros André Rouast y Maurice Givord, citados por Urbano Farías se concretaron en la fórmula de la teoría del riesgo profesional, según la cual “todo trabajo supone peligros y particularmente el industrial, el patrono o empleador que hace trabajar a un obrero, le expone al riesgo de los accidentes, claro está que no puede decirse que incurre en culpa, porque es una necesidad del progreso industrial y una consecuencia de la complejidad moderna del maquinismo. Sin embargo, es evidente que esos peligros del trabajo son causa de accidentes para el obrero, pues constituyen una especie de venganza del progreso, no es justo que las víctimas no obtengan una reparación en los casos en que no pueden probar la culpa del patrono; la equidad indica que sería una grave injusticia, pues el patrono o empleador obtiene un beneficio de esta utilería peligrosa y es equitativo que soporte los riesgos. El trabajador lesionado en su trabajo profesional debe ser indemnizado por aquel en cuyo provecho realizaba el trabajo; para el patrono, el accidente de trabajo es un riesgo profesional”.²³

²³ **Ibid.** Pág. 117.

La idea de riesgo profesional o riesgo creado implica un acto del hombre que expone a los trabajadores a un peligro específico, este criterio aún se basaba en el derecho civil, pero el derecho del trabajo supo encontrar una puerta que le permitió avanzar en la defensa de la salud y la vida de la persona humana.

La teoría del riesgo profesional tuvo por objeto poner a cargo del patrono, empleador o empresario la responsabilidad por los accidentes y enfermedades que sufrieran los trabajadores con motivo de la profesión que desempeñaran, de aquella época a nuestros días se han transformado en lo que actualmente se llama “riesgo de la empresa”,²⁴ de acuerdo con esta última la empresa debe cubrir a los trabajadores sus salarios y además está obligada a reparar los daños que el trabajo produzcan, cualesquiera que sean su naturaleza y las circunstancias en que se realiza. Los requisitos previos serían la afiliación, que se lleva a cabo en un solo acto y de una sola vez para todas las contingencias que pueda comprender, pero en algunos países, además de un régimen normal con una sola entidad aseguradora para las contingencias, en el caso de los riesgos profesionales, hay opción a elegir entre varias posibilidades, mutualidad laboral, mutua patronal o autoseguro privado, que en el régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales la cotización completa correrá a cargo exclusivamente de los empresarios, no obstante la cobranza de esta cuota meramente empresarial se llevará a cabo juntamente con la general de la seguridad social y con arreglo a las tarifas legalmente establecidas para cada actividad.

Conforme la teoría del “riesgo de la empresa” las consecuencias del riesgo no pueden estar a cargo de quien no interviene en su creación, ni recibe los beneficios que la producción concede, la visión es hacia la idea de justicia social, en donde la economía de cada pueblo debe asegurar el presente y el futuro de las personas que entregan su único patrimonio, la energía de trabajo, para contribuir al desarrollo económico de la nación. En el sistema capitalista, la empresa pública o privada titular de la riqueza y de los beneficios de la producción y a la que el hombre entrega

²⁴ **Ibid.** Pág. 120.

su patrimonio es la fuente que debe asegurar la existencia de quienes le sirven, abandonar a las víctimas es dañar a la justicia, que los valores humanos prevalezcan sobre los valores materiales de la economía.

Únicamente el sistema capitalista y de manera especial la escuela económica liberal, pudo declarar que el Estado y el derecho tienen como misión garantizar el desarrollo de las fuerzas económicas, a las que como fuerzas naturales ciegas a los valores, nada importan las esencias humanas, no obstante, es válido que la sociedad tenga el derecho de esperar de cada persona un trabajo útil y honesto y quien le entrega su energía de trabajo al desarrollo económico, posee a su vez el derecho de esperar que la sociedad y concretamente su estructura económica le asegure una existencia decorosa en el presente activo y luego hasta el último día de su vida, para que se alcancen los fines supremos de la existencia individual y social, lo que propicia relaciones sociales armónicas que facilitan alcanzar la paz, es por ello que los riesgos de la economía, no pueden recaer sobre el trabajador, porque es la empresa la creadora de los riesgos de toda índole, inherentes a su actividad y la beneficiaria de la producción.

La reducción de su salario o la prolongación de la jornada, reducen sus ingresos materiales y dificulta el desarrollo de su potencialidad familiar y espiritual, no se puede hacer responsable a otro de las consecuencias de los riesgos ajenos.

La nueva idea de la responsabilidad se fundó en la naturaleza de la sociedad, los derechos sociales de la persona humana y sobre los postulados de la justicia del trabajo, opuesto a la idea de la responsabilidad civil, individualista subjetivista y patrimonial, ya que la meta del derecho del trabajo de donde surgieron los seguros sociales y la nueva idea más elevada bajo la concepción de "la seguridad social" es brindar inicialmente a los trabajadores y sus familias una existencia decorosa, para el presente y para el futuro incierto y aún más la seguridad social para todos los miembros activos de la sociedad que ante una contingencia, queden en estado de necesidad, cualquiera que sea el sistema económico del mañana, conforme la fórmula de Marx "dar a cada quien según sus necesidades".

El caso fortuito y la fuerza mayor era necesario establecer la diferencia si es que existía, dentro del campo del derecho civil, porque en todo caso el efecto era la liberación del deudor, los tratadistas aceptaron el caso fortuito, pero no la fuerza mayor, Adrien Sachet determinó la diferencia en un párrafo insuperable: “La fuerza mayor es un fenómeno natural de orden físico o moral, que escapa a toda previsión y cuya causa es absolutamente extraña a la empresa, los acontecimientos en el orden físico son los temblores de tierra, las inundaciones, el rayo etc. En el orden moral, la invasión extranjera, el bandidaje, la guerra civil, su característica es que tiene su causa en un hecho totalmente desligado de la empresa, de donde sigue que sus consecuencias no deben incluirse, al menos en principio en la ley de accidentes de trabajo, puede ocurrir sin embargo, que el funcionamiento de una industria tenga por efecto agravar el peligro que estos fenómenos naturales hacen correr a los trabajadores, en tales casos, deviene aplicable el principio del riesgo profesional. El caso fortuito es un acontecimiento que si bien escapa a la previsión humana, tiene su causa en el funcionamiento mismo de la explotación, es la falta objetiva, es decir no del empresario, sino de la industria, una caldera construida con todas las reglas de la técnica, hace explosión; es la falla de la cosa o más exactamente, es la revelación de la impotencia actual de la ciencia aplicada a la industria”.²⁵

2.2. Definición accidente de trabajo

Se considera accidente del trabajo, el que ocurriendo a un obrero durante el curso de su trabajo, causa un daño en el cuerpo, capaz de producirle una disminución o la anulación de su capacidad física, si bien puede ocurrir un accidente que tenga repercusión sobre una persona o sobre una cosa, es solo la industria la que origina los llamados accidentes del trabajo, en la persona del obrero. Es accidente del trabajo el que se ocasiona por la actividad laboral que desarrolla la víctima; esto es todo hecho, sea cual sea su naturaleza, modalidad o intensidad, que como consecuencia de la ejecución del trabajo, o en ocasión de éste, le provoque al trabajador lesiones

²⁵ **Ibid.**, 3ª. Edición, Pág. 113.

corporales o cualquier anomalía en su organismo o en su funcionamiento, siempre que no concurra alguna causa de exención de la responsabilidad.

La legislación chilena indica que es accidente de trabajo: “Toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo y que produzca incapacidad y muerte. Se incluye los accidentes de ida o vuelta del trabajo.”

Vásquez Vialard citado por Julio Martínez Vivot, dice: “Que el accidente de trabajo debe tener una relación de causalidad con el trabajo, quedando comprendidos el caso fortuito y la fuerza mayor inherente al trabajo, cualquiera que sea la tarea cumplida, no lo es si el caso fortuito o la fuerza mayor son ajenos al trabajo o cuando el accidente hubiere sido intencionalmente producido por la víctima”.²⁶

Es todo hecho inesperado o súbito que interrumpe un proceso normal y que puede llegar a producir lesiones o daños. No es necesario que haya lesiones en un accidente, basta que exista solo una interrupción y que esta sea inesperada.

Acontecimiento no deseado que da por resultado pérdidas por lesiones a las personas, daño a los equipos, los materiales o el medio ambiente. Generalmente involucra un contacto con una fuente de energía, cuya potencia supera la capacidad límite de resistencia del cuerpo humano o de las estructuras.

Defino accidente de trabajo como todo hecho súbito e inesperado cualquiera que sea su naturaleza, circunstancias o modalidad que se da por el hecho o con ocasión del trabajo que se realiza y que produce una lesión o daño psicológico, físico o psicofísico, cuyo efecto es la disminución o pérdida de la capacidad para el trabajo, extendiéndose aún al accidente in itinere.

Accidente in itinere es el que se da cuando el hecho generador ocurre al trabajador en el trayecto entre su lugar de domicilio y el lugar de trabajo o viceversa, siempre que no

²⁶ Martínez Vivot, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Pág. 716.

haya sido interrumpido en interés particular del trabajador o por cualquier razón extraña al trabajo.

Opino que por extensión, se debe considerar accidente de trabajo, el que una persona sufre fuera del lugar de trabajo, antes o después que la jornada de trabajo inicie o finalice, en base al concepto “en ocasión del trabajo”, ya que el hecho que causa que la persona se encontrara en determinado lugar al momento de ocurrirle el accidente, es que ésta para desde su hogar poder llegar al centro de trabajo o viceversa, a la hora específica señalada, necesariamente debe recorrer esa ruta u otras paralelas, como trayecto obligatorio para llegar a su destino, al que se dirige exclusivamente para la prestación de los servicios contratados por el patrono.

La actividad laboral es la causa de ese desplazamiento obligatorio desde la puerta de su casa hacia el lugar de trabajo, en donde debe prestar los servicios contratados en el tiempo, lugar y forma pactados, recorre ese trayecto, a lo largo del cual se le expone a un riesgo potencial necesario, que si se concreta, se le deben aplicar las regulaciones del accidente de trabajo, a menos que por cualquier interés personal o familiar, ese recorrido se modifique en cuanto a ruta.

La lesión corporal o psicológica son elementos indispensables para considerar la existencia de un accidente de trabajo, así como la relación de estas con el trabajo, es decir, el trabajo constituye la causa por la que se origina y produce el efecto lesivo, por esto se dice por el hecho o en ocasión del trabajo. La suma de dos o más fuerzas causales, que agravan o amplían la lesión, da como resultado la concausalidad.

2.3. Definición enfermedad profesional

Vásquez Vialard, citado por Julio Martínez Vivot dice: “La enfermedad profesional se caracteriza por el hecho de que opera lentamente y degenera en afecciones que deterioran la salud del trabajador, no es fácil detectar la enfermedad profesional que está incubando ni se manifiesta a veces en los exámenes preocupacionales

periódicos de tipo standard, se requiere exámenes especializados, algunos de los cuales corresponden a una técnica sofisticada”.²⁷

Para Pozo, también citado por el autor antes citado: “La enfermedad profesional es la que se contrae en el ejercicio habitual de una profesión, siendo efecto exclusivo de dicha actividad.”

En la legislación española es la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, existen listados específicos en donde la autoridad correspondiente determina las actividades que provocan enfermedades profesionales, derivadas de los efectos producidos por las condiciones, elementos o sustancias utilizados en el ejercicio de la actividad profesional, previo cierto tiempo de realizar la actividad que se considera lesiva. Asimismo, se puede clasificar como otro tipo a la enfermedad del trabajo, considerada así, la que potencialmente existe en la persona trabajadora y surge o tiene como factor desencadenante, agravante o acelerante la actividad habitual de determinado ejercicio laboral, lo que se debe demostrar.

Un elemento para diferenciar el accidente de trabajo de la enfermedad profesional es que en el accidente de trabajo debe existir un hecho, acción inesperada, súbita o violenta que lo provoque cuya consecuencia son lesiones o daños y en la enfermedad de trabajo su desarrollo es progresivo, paulatino, lento, aunque hay casos donde su desarrollo puede ser inmediato, debiendo ser siempre producto del ejercicio habitual de una actividad laboral determinada.

Lo que ha llevado a considerar como protegida la enfermedad del trabajo en legislaciones diferentes a la de Guatemala, es que el desencadenamiento, acelerante o agravante de esta enfermedad tiene como causa exclusiva la ejecución del trabajo.

Asimismo otro tipo sería la enfermedad accidente tiene como causa un accidente de trabajo, que por las condiciones orgánicas específicas del individuo y las de la

²⁷ **Ibid.** Pág. 719.

prestación del servicio, tienen como consecuencia el surgimiento de una enfermedad, que de no haberse dado tal accidente y condiciones de trabajo, no habrían desarrollado tales circunstancias y la posterior enfermedad.

Es la contraída con ocasión de un accidente de trabajo, en donde las lesiones directas del accidente de trabajo son tratadas y rehabilitadas, pero podría darse el caso que por condiciones orgánicas específicas de cada ser humano, el accidente ocurrido desencadene en el desarrollo de una enfermedad posterior que le pueda limitar en el desempeño futuro de su trabajo; debiendo comprobarse que esta enfermedad de trabajo es resultado y efecto del accidente del trabajo ocurrido con anterioridad.

2.4. Naturaleza jurídica

Para Guillermo Cabanellas son riesgos laborales y para el maestro argentino Mariano R. Tissenbaum modelo un término hermoso, que tiene mérito de referirse, más que al hecho objetivo del accidente o enfermedad, a la condición dolorosa de la víctima del riesgo, para él son “infortunios del trabajo”²⁸. El riesgo es algo potencial que podría concretarse y un infortunio es algo que se concretizó y causó efectos en la persona del trabajador tanto físicos, psicológicos, como económicos y sociales, ocurrió y en muchos casos además el accidente de trabajo, la enfermedad profesional o del trabajo que provocaron la lesión, dejaron daño interno, la pérdida de algún miembro corporal o ambas situaciones, esto podría como consecuencia colocarle en condiciones de incapacidad para el trabajo y el patrono tiene la obligación de resarcimiento del daño sufrido por el trabajador.

2.5. Características

Características del accidente de trabajo: a) Subitaneidad, manifestarse en un lapso relativamente corto, en forma ocasional, imprevista, rápida; b) Violencia, causa violenta, fuerza exterior traumática de diverso origen, químico, psíquico e infeccioso,

²⁸ Farías, Urbano, **Derecho mexicano del trabajo**, Tomo II, Pág. 29.

etc., aunque sus efectos tengan diversas manifestaciones, es la causa la que sirve para definir los accidentes del trabajo; c) Agente lesionante, el que impacta en el trabajador causándole un daño corporal o psíquico durante la prestación del servicio; d) Conexión con el trabajo cualquiera sea la actividad a que se dedique, por su ejecución o con ocasión de él, en forma amplia y aún indirecta; e) tratamiento con cirugía generalmente; f) Reglamentos preventivos con carácter de imperatividad.

Características de la enfermedad profesional: a) Previsibilidad; b) Progresividad paulatina sobre el organismo, por exposición continuada a una causa, durante un tiempo prolongado para su incubación y desarrollo; c) Agentes causantes diversos, físicos, químicos o biológicos y el medio ambiente en que obligadamente se labora; d) Fijación de tabla de enfermedades profesionales en relación con profesiones determinadas, modificable conforme los progresos de la ciencia, en algunos países como México además no se excluye que en casos concretos pueda determinarse si un padecimiento no incluido, se adquirió en el ejercicio del trabajo (sistema francés); e) Causalidad exclusiva del trabajo, es una consecuencia específica de determinada actividad laboral que se desempeña en forma permanente en una empresa, la bisinosis en los trabajos de hilados y tejidos de algodón o el saturnismo en los manipuladores de plomo; f) Tratamiento con medicina interna normalmente

Elementos que generan la responsabilidad patronal en los considerados accidentes de trabajo: “a) existencia de vínculo jurídico de dependencia entre patrono y trabajador y que el trabajo se preste por cuenta ajena; b) Nexo etiológico entre el hecho y el trabajo, que se haya estado sometido en la ejecución del trabajo o a disposición del patrono, aún no sea el lugar habitual de trabajo o sin orden especial, pero efectuando actividades en interés de la empresa, incluso fuera de la jornada de trabajo; c) Que haya daño corporal o psíquico que produzca incapacidad o muerte del trabajador, aunque el efecto no se revele inmediatamente”.²⁹

²⁹ Cabanellas, Guillermo, **Derecho de los riesgos de trabajo**, Pág. 221.

Considero que serían elementos generadores de la responsabilidad patronal, que tanto la relación de causalidad y el daño provocado provengan de la situación de dependencia en que el trabajador se encuentra y que haya estado en la prestación de los servicios, ejecutando el trabajo o solo a disposición del patrono, aún fuera del centro de trabajo o jornada, en una actividad no habitual o sin una orden específica, pero en interés o beneficio del empleador. Porque el estar en un lugar y hora determinados realizando una actividad en beneficio del patrono, no depende de la voluntad del trabajador, sino que está sujeto a sus instrucciones o a las necesidades razonables del servicio, es un acto que realiza por cuenta de otro a cambio del salario y aquel obtiene los beneficios de la producción o resultados.

Puedo decir que la relación de causalidad, por el hecho o con ocasión del trabajo, para mí consiste en que es el trabajo, la prestación del servicio, la ejecución de la tarea encomendada, la causa en la que se origina, produce y recibe la humanidad del trabajador la fuerza lesiva, que como resultado produce una lesión o daño en el cuerpo del trabajador, ya sea físico o psicológico, por eso se dice “por el hecho o en ocasión del trabajo”.

La culpa del trabajador no constituye motivo para rechazar la indemnización, es el estado de dependencia o la prestación de un servicio por cuenta ajena del trabajador al producirse el accidente, lo que funda la responsabilidad patronal, no influye la duración de tal vínculo o que se válido o no, negado tal vínculo, el onus probandi corresponde al trabajador, en cuanto a la relación laboral y que efectivamente se haya estado prestando el servicio en beneficio de la empresa, en caso ya no existiera relación laboral entre las partes, si el trabajador continúa a disposición del patrono, subsiste la ocasión del trabajo, pues si hubiera sido despedido y acude días después al establecimiento a percibir sus salarios y sufre accidente, se considera víctima de accidente del trabajo, pues se halla a su disposición, en relación con este como consecuencia de la pasada prestación, sin correspondencia plena aún por el empresario deudor de la retribución. El accidente del trabajo se indemniza en un principio cuando es víctima del mismo el trabajador en activo, no el simple contratante,

deudor de las tareas, expuesto a contingencias al margen de las labores. En el caso de notificar el empleador preaviso por despido, si el accidente o enfermedad profesional ocurre después de aquel, pero antes de la disolución del vínculo, el preaviso queda en suspenso, pues aún se mantiene el vínculo contractual.

Opino que en el caso del preaviso que se notifica al empleador, conforme lo regula el artículo 83 del Código de Trabajo, también se debe considerar que éste queda en suspenso y que la relación laboral continúa conforme el artículo 82 del mismo cuerpo legal, incisos c) y d).

2.6. Consecuencias

Mario Deveali expone como consecuencias, que corresponden al empleador: “La prestación de servicios médicos y hospitalarios; b) Indemnización; c) Pago de salario y d) Reincorporación del trabajador”.³⁰

Prestación de servicios médicos y hospitalarios, lo que incluye medicamentos, prótesis y terapias de rehabilitación, el empleador está obligado a pagar una verdadera indemnización a título de reparación de un daño que se presume engendrado por el riesgo de la empresa a la que se presta el servicio, no intenta reparar ese daño. Se reconoce a favor de la víctima el derecho a continuar percibiendo el salario durante cierto tiempo, tal como tiene derecho a continuar percibiéndolo también, con motivo de otras causas de suspensión, debido a que en el contrato de trabajo, una nota típica es la continuidad. El patrono asume la responsabilidad por sus propios actos o hechos y por los de sus subordinados, lo que no tiene que ver con la obligación de continuar pagándole el salario al trabajador accidentado y la subsiguiente reincorporación de conservarle el puesto, la ley permite que se pueda percibir un salario con independencia de la reparación del daño causado por culpa de la empresa.

³⁰ Deveali, Mario, **Tratado de derecho del trabajo**, Tomo I, Págs. 719-721.

Puedo decir que existe diferencia entre la retribución y la indemnización a un daño o perjuicio, derivado de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, porque considero que continuar recibiendo la retribución salarial, es un derecho irrenunciable del trabajador, ya que las enfermedades, los riesgos profesionales y demás riesgos sociales análogos, son causas de suspensión individual parcial de los contratos de trabajo, caso en el cual el trabajador queda relevado de su obligación de ejecutar las labores y el patrono queda obligado a pagar el salario, pero si aquel está protegido con los beneficios del Instituto Guatemalteco de seguridad Social, el patrono solo debe pagar las cotizaciones correspondientes, conforme artículos 66, inciso b) y 67 del Código de Trabajo. Por lo anterior el trabajador tiene adicional la libertad de accionar legalmente ante el órgano jurisdiccional, para reclamar a su patrono el resarcimiento del daño o perjuicio sufrido si así lo considera oportuno, por la vía del proceso ordinario oral laboral, aunque con criterio muy civilista se regula que debe demostrarse la culpa del patrono. En el caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, por los efectos que soporta el trabajador, el patrono debe pagarle una indemnización como resarcimiento a la lesión, daño o perjuicio sufrido, ya que éstos se dieron a causa o con ocasión del trabajo, ese riesgo al que se expone el trabajador, surge de la actividad económica empresarial, unas más peligrosas que otras, justo es que el que crea el riesgo y recibe los principales beneficios económicos indemnice al trabajador ya sea se dedique a la industria, comercio o servicios, considerando siempre la magnitud y efectos del daño o perjuicio sufrido, pero debe omitirse que el trabajador deba probar la culpa del patrono y para graduar el monto de la indemnización, no debe señalarse cantidad de referencia, ya que actualmente el Juez la fija conforme las establecidas por el seguro social que son muy bajas e injustas.

En relación a la indemnización, La Cámara Comercial en 1941 en Argentina, emitió fallo en el que “conforme la teoría del riesgo profesional existe responsabilidad patronal por los daños y pérdidas que sufran los empleados durante el servicio, sin que el damnificado esté obligado a probar la culpa o negligencia del responsable legal de los perjuicios”, solución que no puede considerarse desacertada, porque la norma no

dice que la reparación del daño sufrido por el empleado “durante el servicio” podrá estar a cargo del principal, sino “que estará a cargo de este”³¹, con lo que se ha introducido un principio de responsabilidad objetiva independiente de toda idea de culpa semejante a la ley 9688 cuando alude a la reparación del daño causado al cuerpo o salud del trabajador por el infortunio de trabajo. Otra norma coexistente que estipula: “indemnización por los daños o pérdidas que sufre el empleado durante el servicio que presta al principal” no se refiere a los daños en su salud o capacidad laboral, sino a los daños de origen patrimonial, causados por hechos distinto al accidente laboral o enfermedad profesional como destrucción de la ropa del empleado, pérdida o sustracción de sus herramientas.

Durante el plazo de espera y conservación del puesto, puede ocurrir que el trabajador, sin encontrarse en goce de su plena capacidad laboral pueda, en cambio, estar en condiciones de realizar tareas livianas, compatibles con su estado de salud, surgiendo entonces la pregunta cuál sería la situación legal que se crearía, hasta donde alcanza la obligación patronal de acceder al pedido de reincorporación formulado por el obrero y hasta dónde tiene derecho este último de peticionar en el sentido expuesto y exigir se le incorpore como elemento estable de la empresa.

En 1959 la Cámara Nacional de Apelación del Trabajo, en acuerdo plenario, declaró “que en principio el trabajador tiene derecho a que el patrono lo reintegre, asignándole tareas acordes con su estado; en caso negativo, es acreedor a las indemnizaciones emergentes del despido y falta de preaviso, salvo que el empleador justifique la imposibilidad de asignarle aquellas compatibles con su estado, en cuyo caso solamente le corresponderán las indemnizaciones de referencia, liquidadas en forma simple”.³²

En igual forma resolvió la Cámara de Trabajo de Río, Córdoba “Cuando el empleado u obrero accidentado, que es dado de alta con incapacidad que le impide retornar a

³¹ **Ibid.** Pág. 723.

³² **Ibid.**, Pág. 725.

sus tareas habituales, pretende retornar al trabajo y es despedido, por carecer la patronal de cargo alguno acorde con su estado, sin posibilidades económicas de crearle uno acorde con su actual estado físico, corresponde reconocerle al trabajador las indemnizaciones simples de la ley 11.729". Ahora bien si ya ha transcurrido el plazo de espera y el trabajador no puede reincorporarse por encontrarse incapacitado, La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, resolvió: "que la obligación se limita a la reserva del mismo puesto que tenía con anterioridad, de modo que no puede exigir que se le ocupe en otro, acorde con su actual capacidad, ya que la incapacidad laboral del trabajador, existente al vencimiento del término anual de espera, resulta sobreviviente a la iniciación del servicio, (dentro de lo normado por el artículo 160 del Código de Comercio), por lo que carece de derecho a la indemnización de despido el trabajador que no es readmitido al vencer el año de espera establecido por el citado artículo, por no hallarse en condiciones de desempeñar el mismo puesto que tenía con anterioridad a la enfermedad o accidente".

En cambio el Tribunal de Santa fe, Sala de Trabajo, en 1957, sostuvo que "El trabajador que en caso de enfermedad inculpable, una vez vencidas las licencias de tres y seis meses con sueldo y un año sin retribución, no puede incorporarse a sus tareas, tiene derecho a la indemnización simple por antigüedad", este criterio es compartido por la Sala II de Cámara de Apelaciones de Rosario. La cuestión sobre la que no se advierte coincidencia de opiniones es la referente a los efectos jurídicos que produce la extinción del plazo anual de espera, en cuanto a si se está o no en presencia de una disolución automática del contrato de trabajo o si por el contrario, se hace necesaria una expresa manifestación de partes, cuyo silencio importe prórroga del antedicho plazo.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, ha declarado "La enfermedad del empleado interrumpe el contrato de trabajo, pero no lo rescinde, por lo

que el mero vencimiento del año de espera establecido en el artículo 155 del Código de Comercio no disuelve la relación laboral”³³

Para Julio Martínez Vivot las consecuencias eventuales para el trabajador son: “ a) Incapacidad temporal o permanente, la que puede ser parcial o total, b) muerte del trabajador y c) prestaciones en especie y en dinero”.³⁴

La lesión es producida en el individuo por el accidente del trabajo, puede ocasionar su incapacidad laboral temporal o permanente, es decir durante un tiempo limitado para su atención y tratamiento, luego se reincorporará al trabajo sin disminución de su capacidad, se considerará permanente total o parcial, si se manifiesta una disminución total en la capacidad para el trabajo realizado en forma definitiva, el obrero ya no podrá ejecutar la actividad actual, con un nivel de desempeño adecuado para la prestación de los servicios, aunque reciba y pueda realizar terapia y rehabilitación, pero si presenta una disminución permanente que no impide la capacidad laboral futura, aunque esté disminuida, es una incapacidad permanente parcial, finalmente el accidente de trabajo, puede causar la muerte del trabajador, inmediatamente o algún tiempo después de ocurrido el hecho.

Las prestaciones a que tiene derecho el trabajador pueden ser en especie o en dinero, las que pueden darse a través de asistencia médica, la farmacéutica, los medio de rehabilitación, la provisión de prótesis u otros elementos similares, las prestaciones en dinero atienden a los salarios perdidos durante el tiempo de incapacidad, las indemnizaciones por incapacidad permanente parcial o total o la pensión por muerte a los derechohabientes, las prestaciones deben ser suministradas sin demora alguna por el empleador o la empresa aseguradora en la que éste subrogó sus obligaciones y el alta debe ser conformada por la autoridad administrativa y el trabajador puede manifestar su disconformidad, que significa el cese de la asistencia médica a cargo del empleador y del pago del salario diario y eventualmente su reintegro al trabajo o a

³³ **Ibid**, Pág. 726.

³⁴ Martínez Vivot, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Pág. 722.

la percepción de una indemnización, en tal caso, puede pedir a la autoridad que convoque a una junta médica, de la que participará él.

Vásquez Vialard, citado por Julio Martínez Vivot estima: “Que si la atención médica es deficiente y esto incide en la recuperación o la capacidad futura de la víctima, la responsabilidad del empleador puede ser ampliada más allá de la indemnización legalmente prevista”³⁵.

2.7. Indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional

Principio de indemnización forfaitaire: La indemnización debía ser unitaria, independiente de la causal del accidente, el principio de que no debía ser total, sino parcial y finalmente la supresión del arbitrio judicial mediante un sistema de indemnizaciones fijas. La unitariedad se debía a que en todos los casos, cualquiera fuera la causa, las consecuencias eran las mismas, conforme la responsabilidad civil, por los actos culposos del empresario, imponía una indemnización total, con lo que el trabajador que sufría una incapacidad plena, tenía derecho a recibir una renta vitalicia igual al salario que devengaba al ocurrir el accidente.

No admitieron los empresarios una indemnización total en ningún caso, sino parcial, con lo cual el principio de la unitariedad fue cumplido, se establecieron indemnizaciones fijas y que el juez investigue los ingresos totales de la víctima a fin de determinar el monto de la renta vitalicia que debe satisfacerse y en los casos de muerte el promedio normal de vida de la víctima a efecto de calcular el número de años durante los cuales recibirán los deudos la renta. “La teoría del riesgo profesional tomó como única base el salario, por lo que quedaron excluidos los ingresos que estuviere recibiendo el trabajador por otros conceptos o actividades. De esta manera desapareció el arbitrio judicial para la determinación del monto de las indemnizaciones”.³⁶

³⁵ **Ibid.** Pág. 723.

³⁶ Farías Urbano, **El nuevo derecho mexicano del trabajo**, 3ª edición, Pág. 114-115.

Concluyo que el principio de indemnización forfaitaire, consiste en su unitariedad, en cuanto que lo que se debe considerar son las consecuencias para el trabajador, que generalmente son las mismas, pérdida de un dedo, de un ojo etcétera, incapacidad parcial o total, temporal o permanente y no la causa del accidente, por lo que puede establecerse indemnizaciones uniformes según los casos, se toma en consideración la lesión o daño sufrido, su monto debe ser parcial en relación al salario percibido por cada trabajador y desaparición del arbitrio judicial mediante regular indemnizaciones con bases fijas, pero la referencia máxima el salario que cada uno devenga.

Considero que el principio de **indemnización forfaitaire** es adecuado, dentro del régimen de la seguridad social, que se inspira en el principio de subsidiariedad, pero podría tornarse injusto cuando el trabajador no pueda reunir los requisitos legales exigidos, para poder brindársela el seguro social por única vez y además quedar percibiendo una pensión si su caso lo amerita, en el caso de nuestro país en que la ley específica establece requisitos y unidades pecuniarias fijas, asimismo, a la presente fecha no ha sido revisada en forma integral esta normativa jurídica impuesta por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

En cuanto a los problemas de la prueba, las críticas de la clase obrera se enderezaban no solo contra el derecho civil, sino también contra el procesal, por las dificultades y dilaciones de los procesos, “la idea del riesgo profesional modificó los términos: a) La prueba de la culpa del empresario dejó de ser necesaria; b) La prueba de la existencia de la relación laboral y del accidente eran indispensables; c) Probar la relación entre el trabajo y el accidente; d) Demostrados los dos últimos extremos, debía condenarse al pago de la indemnización, a menos que el empresario probara una excluyente de responsabilidad, por ejemplo que el trabajador se causó intencionalmente el daño”.³⁷ Los trabajadores desde un principio criticaron la exigencia de la prueba de la relación entre el trabajo y el accidente, que hacía

³⁷ **Ibid.**

inoperante la vigencia de la ley, lentamente viró la jurisprudencia hasta admitir una presunción a favor del trabajador cuando el accidente se produce en el lugar y durante las horas de trabajo.

Son beneficiarios los trabajadores (empleados y obreros) dependientes, de una relación de derecho privado, como también los empleados públicos cualquiera que sea la modalidad de contratación y la índole de las tareas desempeñadas por él o por la empleadora, se excluye a los trabajadores autónomos, porque el régimen es de responsabilidad patronal, pero son cada día más los trabajadores autónomos y cuentapropistas.

En la legislación Argentina los obligados son los empleadores, contratantes y subcontratantes en la actividad normal y específica de la empresa en forma solidaria, en el caso de empresas de servicios eventuales, ésta y la empresa usuaria serán responsables frente al trabajador y sus causahabientes por las obligaciones y responsabilidades señaladas en la ley, con la obligación fundamental de procurar la seguridad en sus establecimientos, así como su higiene en función preventiva.

En el régimen argentino, los empleadores, están legalmente facultados para sustituir sus obligaciones relativas a indemnización por un seguro constitutivo a favor de sus empleados u obreros, en una compañía o asociación de seguros personales, que reúna los requisitos establecidos en ley y habilitadas por autoridad competente, esas pólizas deberán cubrir según lo contratado, las prestaciones e indemnizaciones específicas previstas, en el caso de responsabilidades emergentes se podrá cubrir con una póliza adicional. Conforme el sistema argentino el trabajador damnificado o sus causahabientes, podrán demandar al empleador y éstos a su vez podrán citar en garantía a la aseguradora, si hay liquidación de la empresa empleadora, los fondos asignados para pagos de seguros de los trabajadores, no entrarán a la masa común y serán transferidos al fondo de garantía, los entes aseguradores solo podrán oponer la cláusula de caducidad que hubiere sido notificada al asegurado con anterioridad al siniestro.

El sistema legal de Argentina presume la responsabilidad del empleador en los accidentes ocurridos durante el tiempo de la prestación de servicios o in itinere, por el hecho o con ocasión del trabajo, sin más excepciones que las expresas por la ley, en consecuencia acreditado el hecho y su relación causal con la lesión sufrida, se presume responsabilidad del empleador respecto de sus eventuales consecuencias, es decir la muerte o incapacidad del trabajador en sus diferentes matices, puede el empleador excluir su responsabilidad presunta, acreditando que no ocurrió en las circunstancias señaladas o que se da alguna de las causales legales de exclusión de responsabilidad.

La disposición anterior es revolucionaria en su origen, no es más que la aplicación del principio de responsabilidad objetiva sostiene Vásquez Vialard citado por Julio Martínez Vivot,³⁸ que en este caso es mayor, ya que también se la presume si el hecho ocurrió por caso fortuito o fuerza mayor inherente al trabajo, así como las que resultan de los accidentes in itinere. La ley 24.028 de Argentina dispone que respecto de las enfermedades del trabajo, cuyo origen o agravamiento se imputen al trabajo no se presume la responsabilidad del empleador.

Considero el accidente in itinere, se debiera asimilar legalmente al accidente de trabajo, si el trayecto no fue interrumpido en interés del trabajador o por cualquier otra causa extraña al trabajo, pues este se dio “en ocasión del trabajo”, aunque no signifique hallarse a disposición del empleador para la ejecución de los servicios.

En el país la legislación en materia de accidentes de trabajo no ha evolucionado, como en otros y aún se da mucho incumplimiento de esta normativa, por lo que en base a los supuestos doctrinarios, fácticos y sobre todo legales existentes, es deber del Estado que las normas existentes sean positivas y no exigir a los trabajadores que sufran un infortunio del trabajo requisitos adicionales, siendo suficiente probar la existencia de la relación laboral y el accidente de trabajo, para que el gestor de la

³⁸ Martínez Vivot, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Pág. 721.

seguridad social les brinde las prestaciones e indemnizaciones a que pueden tener derecho conforme la legislación nacional.

El Artículo 197 del Código de Trabajo establece: “Todo empleador está obligado adoptar las precauciones necesarias para proteger eficazmente la vida, la seguridad y la salud de los trabajadores en la prestación de sus servicios. Para ello, deberá adoptar las medidas necesarias que vayan dirigidas : a) Prevenir accidentes de trabajo, velando porque la maquinaria, el equipo y las operaciones de proceso tengan el mayor grado de seguridad y se mantengan en buen estado de conservación, funcionamiento y uso, para lo cual deberán estar sujetas a inspección y mantenimiento permanente; b) Prevenir enfermedades profesionales y eliminar las causas que las provocan; c) Prevenir incendios; d) Proveer un ambiente sano de trabajo; e) Suministrar cuando sea necesario, ropa y equipo de protección apropiados, destinados a evitar accidentes y riesgos de trabajo; f) Colocar y mantener los resguardos y protecciones a las máquinas y a las instalaciones, para evitar que de las mismas pueda derivarse riesgo para los trabajadores; g) Advertir al trabajador de los peligros que para su salud e integridad se deriven del trabajo; h) Efectuar constantes actividades de capacitación de los trabajadores sobre higiene y seguridad en el trabajo i)..... j)..... l).”

El Artículo 197 “bis” del Código de Trabajo establece que: “Si en juicio ordinario de trabajo se prueba que el empleador ha incurrido en cualesquiera de las siguientes situaciones: a) Si en forma negligente no cumple las disposiciones legales y reglamentarias para la prevención de accidentes y enfermedades de trabajo; b) Si no obstante haber ocurrido accidentes de trabajo no adopta las medidas necesarias que tiendan a evitar que ocurran en el futuro, cuando tales accidentes no se deban a errores humanos de los trabajadores, sino sean imputables a las condiciones en que los servicios son prestados; c) Si los trabajadores o sus organizaciones le han indicado por escrito la existencia de una situación de riesgo, sin que haya adoptado las medidas que puedan corregirlas; y si como consecuencia directa e inmediata de una de estas situaciones especiales se produce accidente de trabajo que genere pérdida

de algún miembro principal, incapacidad permanente o muerte del trabajador, **la parte empleadora quedará obligada a indemnizar los perjuicios causados, con independencia de las pensiones o indemnizaciones que pueda cubrir el régimen de seguridad social.**”

El monto de la indemnización será fijado de común acuerdo por las partes y en defecto de tal acuerdo lo determinará el Juez de Trabajo y Previsión Social, tomando como referencia las indemnizaciones que pague el régimen de seguridad social.”

Si el trabajador hubiera fallecido, su cónyuge supérstite, sus hijos menores representados como corresponde, sus hijos mayores o sus padres, en ese orden excluyente, tendrán acción directa para reclamar esta prestación, sin necesidad de declaratoria de herederos o radicación de mortal.”

El Artículo 198 del Código de Trabajo indica: “Todo patrono está obligado a acatar y hacer cumplir las medidas que indique el instituto Guatemalteco de Seguridad Social con el fin de prevenir el acaecimiento de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales.”

Considero que en la forma como actualmente está regulado el proceso para demandar el trabajador indemnización directa de su patrono, en juicio ordinario de trabajo, la vía es la adecuada, pero lo que se regula en el Artículo 197 “bis” en sus incisos a), b) y c) en materia de accidente de trabajo y enfermedad profesional demuestra que aún no se ha evolucionado hacia la teoría del “riesgo profesional” o “riesgo de la empresa”, conforme ésta se define por los tratadistas franceses y como regulan la responsabilidad patronal en esta materia las legislaciones de Argentina y Chile. Los requisitos deben ser regulados conforme la teoría del riesgo profesional:

- 1) Probar la existencia de la relación laboral;

- 2) Que ocurrió el accidente, que éste reúne los elementos para ser considerado de trabajo (la ley debe establecer las presunciones correspondientes favorables al trabajador); y
- 3) Las lesiones o daño sufrido, excluyendo probar la culpa del patrono, lo que solo es admisible dentro del derecho civil y no dentro del juicio ordinario de trabajo, es al patrono a quien corresponde demostrar que no ocurrió conforme las circunstancias indicadas por el demandante y que existen excluyentes de responsabilidad patronal.

En el país la ley regula se pruebe que el patrono incurrió en por lo menos en una de las tres condiciones siguientes: Que hubo negligencia de su parte en cumplir las disposiciones legales nacionales e internacionales para prevenir accidentes de trabajo y enfermedad profesional; que haya ocurrido antes accidente de trabajo y él no tomó las medidas de seguridad necesarias para evitar que ocurriera nuevamente; que éste no es consecuencia de un error humano del trabajador, sino se debió a las condiciones en que se prestan los servicios; que los trabajadores o sus organizaciones hayan indicado por escrito al patrono, la existencia de un riesgo profesional y éste no tomó las medidas necesarias para corregirlo. El trabajador demandante en juicio ordinario laboral debe demostrar que el accidente de trabajo o enfermedad profesional, se produjo, porque el empleador incurrió en uno de los supuestos regulados en los incisos citados antes del artículo 197 "bis" del Código de Trabajo, que el accidente es su consecuencia directa y que provocó las lesiones ahí establecidas, las cuales son graves.

Es evidente que la responsabilidad patronal en el accidente de trabajo y enfermedad profesional en el país, aún se visualiza desde el concepto de la responsabilidad civil, conforme la cual debe demostrarse la culpa del patrono, para que éste pueda ser obligado a indemnizar, algo que es incongruente con los principios de sencillez, imperatividad, tutelaridad (protectorio), de la realidad, equidad y justicia social, que

inspiran al derecho del trabajo y que también pueden ser aplicados en sus normas procesales, en el que la apreciación de la prueba debe ser en conciencia.

Se pueden aplicar las normas procesales conforme el Código Civil, solo para los medios probatorios que especifica el Artículo 361 del Código de Trabajo, pero en lo demás casos será en conciencia conforme la equidad y la justicia (social), en caso de duda se interpretará y aplicará la norma tomando en cuenta fundamentalmente el interés del trabajador en armonía con la conveniencia social, recordando que éstas son garantías mínimas sociales protectoras del trabajador, en concordancia como lo señala el Artículo 17 del Código de Trabajo y sus considerandos, así como el Artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en caso que haya laguna legal o casos no previstos será conforme los principios del derecho de trabajo; los principios procesales que contienen el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial, se aplicarán supletoriamente, pero solo en tanto no contraríen el texto y principios procesales que indica el Código de Trabajo, conforme el Artículo 326 del mismo.

Esta indemnización que el trabajador puede demandar es independiente a las prestaciones en dinero o especie y de la indemnización por una sola vez que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social otorga, esto si se declara judicialmente su derecho en juicio ordinario de trabajo, previa demostración de la culpa del patrono por el infortunio de trabajo sufrido y la pérdida de algún miembro principal, incapacidad permanente o muerte del trabajador, después de ese difícil camino recorrido, el monto que podría obtener si no hay acuerdo entre las partes, el Juez lo fijará teniendo como referencia las indemnizaciones que el ente gestor reconoce.

Por lo antes analizado, considero es contrario a los principios que inspiran al derecho del trabajo, el procesal del mismo y la definición de seguridad social, así como Artículos 2, 3, 100 y 106 de la Constitución Política de la República, la forma en que se regula el derecho de reclamación del trabajador o su familia, para que se declare la obligación patronal de indemnizar el grave daño, perjuicio o la muerte,

sufridos a causa de accidente de trabajo y por analogía de enfermedad profesional es una concepción muy civilista, al no considerar en general los aspectos humanos de la relación laboral, en la que conjuntamente se interrelacionan factores económicos, para los que lo más importante es la producción y mayor ganancia obtenida, al menor costo posible, lo cual es legalmente aceptable, pero también es indispensable para ese logro el trabajo desarrollado por seres humanos, los trabajadores, quienes conforman un elemento muy importante.

El modo de producción se establece por El Estado y la sociedad, por lo que los trabajadores, no puede abandonárseles al desamparo al sufrir concretamente las consecuencias de un infortunio del trabajo (accidente de trabajo o enfermedad profesional), principalmente porque existe regulación legal que le otorga el derecho de protección social, el que en la realidad le es negado, porque en la práctica se imponen requisitos formalistas para prestar atención médica y hospitalaria a los trabajadores, quienes por sí solos no pueden afiliarse al seguro social y por esa omisión de su patrono son excluidos del goce del derecho a la seguridad social, no obstante ni siquiera estadísticas de estos casos existen para sondear la magnitud del problema, solamente lo expresado por las personas que atienden a trabajadores lesionados.

Conforme actualmente se regula el seguro social absorbe la carga económica, de las prestación de servicios médico y hospitalarios hasta la rehabilitación del trabajador e incorporación al trabajo, o bien las pensiones correspondientes en caso de incapacidad temporal o permanente, teniendo los empleadores que aportar en la parte mínima que les corresponde conforme la ley, ya que el Estado y trabajadores cumplen con sus aportes, pero para el patrono omiso no hay consecuencias legales, si no cumple con su obligación de afiliarse, afiliar a sus trabajadores y aportar efectivamente al seguro social las cotizaciones descontadas, suyas y las del trabajador, lo que hace que esta conducta continúe impunemente, pues se beneficia el empleador con el ahorro de su cotización que se considera parte del salario y se

apropia de la que descuenta del salario de los trabajadores directamente, lo que podría tipificar un enriquecimiento ilícito.

2.8. Interpretación legislativa sobre riesgos de trabajo

Considero las situaciones no previstas para interpretarlas, se debe considerar especialmente los fines protectores de la ley, la Ley del Organismo Judicial en el artículo 10 establece que para aclarar los pasajes oscuros o ambiguos de la norma se deben tomar en consideración la finalidad y espíritu de la misma, que en el caso de las normas de previsión social es la protección de la salud, integridad corporal y vida del trabajador, para garantizar a la persona el derecho a obtener ingresos para su subsistencia y de su familia, en caso de sufrir una contingencia (infortunio de trabajo) que causa disminución o pérdida de su capacidad, por lo que es necesario auxiliarle.

Los Artículos 16 y 17 del Código de Trabajo establecen: “En caso de conflicto entre las leyes de trabajo o de previsión social con las de cualquier otra índole, deben predominar las primeras.” “Para los efectos de interpretar el presente Código, sus reglamentos y demás leyes de trabajo, se debe tomar en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores en armonía con la conveniencia social.”

Los Artículos 100 y 106 de la Constitución Política de la República, establecen la seguridad social como una garantía constitucional de cumplimiento imperativo y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, junto a estos por extensión considero también los de la previsión social (antecedente de la definición de seguridad social en sociedades más avanzadas bajo la idea de responsabilidad social), cuyos beneficios se brindan a través del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. El último párrafo del artículo 106 establece: “En caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.”

La responsabilidad patronal por infortunios laborales sufridos por el trabajador en actos de servicio, como consecuencia de las tareas y aun por casos fortuitos o fuerza mayor inherentes al trabajo, no debe permitirse que se evada y debe interpretarse con sentido humano, equidad y justicia social, aplicando la norma más favorable al trabajador, sujeto protegido en la etapa de previsión social. En el país por inexistencia de legislación aplicable adecuada para el goce de los derechos, se debe facilitar su ejercicio pleno y no elaborar interpretaciones restrictivas, sin imponer formalismos incompatibles con una verdadera administración de la justicia.

El Estado debe imponer a los particulares en lo referente a la protección del infortunio de trabajo, una política congruente con las aspiraciones enfatizadas de la actual legislación de la seguridad social, que sea similar a la de países con una visión más elevada, la que debe ser cumplida, porque éste impone la aseguración obligatoria y la regula. Por ser la protección social garantía constitucional, es imperativo que se implementen mecanismos para que ninguna persona que preste servicios en relación de dependencia quede excluida de los beneficios del régimen.

Para Cabanellas, los riesgos laborales adquieren fisonomía propia, hasta el punto de que en su interpretación rigen incluso distintos principios, pues se aparta de los conceptos clásicos sobre responsabilidad civil considerándolo como “Derecho de los riesgos profesionales”

La legislación de accidentes del trabajo se halla identificada con la legislación laboral; porque se regula dentro del ámbito de la previsión social, para protección del trabajador, cobertura total no alcanzada aún y ha evolucionado como derecho de la seguridad social, anhelo de salud y bienestar para los habitantes en general, es una ley sobre protección social.

CAPÍTULO III

3. Presentación y análisis de los resultados de trabajo de campo

Se consideró importante para bosquejar la situación, el consultar los datos estadísticos que registra el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, de los cuales se determina que es muy bajo el nivel de personas protegidas por el régimen de previsión social, aproximadamente un diez por ciento de la población en general y que hay un alto porcentaje de empleadores que evaden la obligación de afiliar a sus trabajadores y de reportar las cuotas de ambas partes al seguro social, las cotizaciones al seguro social son parte del salario del trabajador, el descontarlas y no reportarlas en la planilla correspondiente, constituye una conducta ilícita del patrono.

3.1. Presentación y análisis de los resultados de trabajo de campo

Se consultó datos estadísticos entre mil novecientos noventa y cuatro y el dos mil cuatro y se observó que la seguridad social es un indicador negativo de índices de desarrollo, en el país, aproximadamente existían diez millones de habitantes y recientemente alrededor de más de doce millones de habitantes. La población económicamente activa se estima en un promedio de tres millones ochocientos mil personas, de las cuales contribuyen como cotizantes al régimen de seguridad social un millón de personas aproximadamente, que desempeñan su actividad dentro de la estructura formal asalariada. De la población económicamente activa la beneficiada con la seguridad social solo representa el veintiocho por ciento de ésta y el diez por ciento de la población total, dentro del régimen actual aún no se da cobertura en materia de enfermedad en once de los departamentos que integran el territorio nacional.

La cobertura de la seguridad social no se ha desarrollado como debiera desde sus inicios y sus servicios son deficientes, aún no brinda prestaciones a la totalidad de trabajadores para quienes fue concebida y esto evidencia el bajo nivel de desarrollo

humano en el país, dentro de otros aspectos deficientes a nivel general de la estructura estatal.

El número de patronos inscritos en el régimen es aproximadamente de cuarenta y tres mil cuatrocientos ochenta y dos, se encuentran activos un promedio de treinta y ocho mil setecientos ochenta y seis que representan el noventa por ciento y están suspensos cuatro mil seiscientos noventa y seis patronos que representan un diez por ciento del total.

Al indagar en emergencia y los departamentos administrativos del hospital de accidentes del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, se indicó que a todas las personas les brindan el auxilio que requieren en caso de emergencia, pero quienes no reúnen los requisitos de afiliación o cotizaciones se estableció que son remitidos a los hospitales del sistema general de asistencia pública en salud, aún se tratara de un accidente de trabajo. Asimismo indicaron que no existe reporte de datos en cuanto a las personas que sufren accidente de trabajo y deben ser remitidos a los hospitales, pero al investigar entre el personal, indicaron que de alguna manera queda evidencia en los registros internos, pero dicha información se trata como confidencial.

En las sedes de los hospitales públicos del país indicaron no tener información estadística donde se pudiera establecer el número de casos por accidentes de trabajo que son atendidos, pero sí prestan atención de emergencia y hospitalización a personas que sufren accidentes encontrándose en la prestación de servicios en un centro de trabajo o bien se les atendió la emergencia en otro lugar y son remitidos posteriormente a un hospital público, e igual situación de ausencia de datos estadísticos se estableció en las subestaciones de bomberos.

Por la inexistencia de datos estadísticos, es un problema que permanece invisible, las personas entrevistadas en el seguro social, indicaron que sí existen casos de accidentes de trabajo que no son atendidos por falta de afiliación o cotizaciones, asimismo lo manifestaron en los hospitales públicos que atienden estos casos.

La negativa del seguro social en prestar atención médica y hospitalaria a los trabajadores afectados por los riesgos profesionales, actualmente es un problema sin atender con poca o inexistente estadística como en el caso de las enfermedades que aún no se clasifican para determinar las de tipo profesional y darles tratamiento específico y esta actitud separa al país de los anhelos de seguridad social eficiente y con mejor cobertura. Asimismo, las acciones del seguro social a través de su cuerpo de inspectores es débil y no tiene incidencia para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de los patronos en esta materia.

Los trabajadores que se ven en la necesidad de reclamar por falta de afiliación o pago de cotizaciones al seguro social por parte de sus patronos, acuden a la Inspección General de Trabajo, donde son atendidos, estas denuncias tienden a aumentar, se estima aproximadamente reciben anualmente doscientas denuncias, de quienes han sufrido algún daño en su salud o integridad personal, no obstante buen número de trabajadores nunca denuncia.

3.2. Análisis de casos concretos

Además de los efectos físicos, psicológicos y familiares, también los hay sociales y económicos para el trabajador, por lo que es necesario describir la situación que experimenta la persona cuando la necesidad, le obliga a denunciar ante las instancia administrativa o judicial, teniendo pocas expectativas de un resultado satisfactorio, pues por falta de recursos económicos, no puede obtener asesoría legal que le permita continuar hasta concluir el proceso judicial ante los órganos jurisdiccionales.

3.2.1. Caso de trabajador no afiliado por culpa del patrono

Es el caso de una persona de sexo masculino, de treinta y nueve años de edad, con domicilio en el Departamento de Guatemala, de quien dependen económicamente

tres personas no tiene vivienda propia, a quien le identificaremos con un nombre ficticio como Bladimir.

El trabajador denunció que labora desde hace ocho meses, como operario, para una empresa de propiedad individual, en la que prestan servicios aproximadamente treinta empleados, ésta se dedica a la actividad industrial de elaboración de calzado y emplean maquinaria industrial. Durante el tiempo laborado no se le ha afiliado y tampoco descontado las cuotas correspondientes a la seguridad social y debido a quebrantos de salud que sufrió se vio en la necesidad de requerir al empleador certificado de trabajo para acudir al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, pero este no se le extendió, en otras oportunidades que ha laborado tampoco se le afilió.

Por lo anterior realizó la denuncia correspondiente de forma anónima ante la Inspección General de Trabajo, para que de oficio se ordenara establecer la situación. En este caso se apersonó el inspector de trabajo a una sala de ventas, donde la persona que le atendió le manifestó que ese número aproximado de empleados laboraban para la entidad y que las instalaciones de trabajo se encontraban en otro lugar, por lo que llamaría al dueño. Luego se presentó el patrono ante el inspector de trabajo, quien de manera prepotente le expresó que no tenía ningún empleado y que no podía atenderle, esta actitud es frecuente en algunos empleadores.

Ante la obstrucción del empleador para la fiscalización del cumplimiento de las normas en materia de seguridad social, tuvo el inspector de trabajo que apercibirle que estaba infringiendo la normativa vigente, por lo que podía ser sancionado, pero en forma facultativa fijó una audiencia para poder tratar el asunto con el patrono y en su caso se corrigiera la situación o dar por agotado el trámite conciliatorio e indicarle que se iniciaría el procedimiento incidental respectivo a fin de que un órgano jurisdiccional impusiera la sanción que correspondiera legalmente.

Es acertado que ante la presunción o incumplimiento de una norma de seguridad social vigente se imponga la sanción que corresponda legalmente por el órgano jurisdiccional, pero la situación de los trabajadores no afiliados se mantiene impunemente por los patronos, por lo que es urgente la necesidad de los trabajadores para que se ponga atención a este problema y cambie la actitud de los empleadores. El Estado y el ente gestor de la seguridad social deben preocuparse por crear los mecanismos adecuados para que no se excluya a los trabajadores de su derecho pleno a recibir las prestaciones sociales correspondientes por omisión del patrono en el cumplimiento de sus obligaciones, ya que ellos por sí mismos no pueden reclamar ni realizar las diligencias necesarias para afiliarse ante el ente gestor, están sujetos a la actuación de otra persona.

Las instituciones que el Estado delega funciones públicas relacionadas con los derechos de los trabajadores, si se les niega el acceso a los derechos de la seguridad social, como la Procuraduría de Derechos Humanos, Inspección General de Trabajo, no tienen los recursos de diversa índole para una mejor cobertura y fiscalización ni medios coercitivos para solucionar este problema. Es responsabilidad social del Estado y del ente gestor que se facilite y otorguen las prestaciones de seguridad social, inherentes al trabajador que sufre un accidente de trabajo o enfermedad profesional, aunque no esté afiliado o no cumpla con el prerrequisito exigido del número de cotizaciones aportadas, pues se restringe el pleno goce de sus derechos económicos y sociales.

3.2.2. Caso de trabajador no atendido por falta de cotizaciones imputables al patrono

Es el caso de una persona de sexo masculino, de treinta y siete años de edad, con domicilio en el Departamento de Guatemala, de quien dependen económicamente dos personas, que no cuenta con vivienda propia, a quien le identificaremos con un nombre ficticio como Fernando.

Esta persona labora desde hace seis años, como operario de mantenimiento de maquinaria, para una entidad privada en la que prestan servicios catorce empleados más solo en el área de producción, ésta se dedica a la actividad industrial de elaboración de productos de plásticos y emplean maquinaria industrial. Durante parte del tiempo laborado se le descontó las cuotas correspondientes a la seguridad social, pero durante los últimos dos años de relación laboral no cuentan con la protección del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, ya que la empleadora no ha cancelado las cuotas correspondientes.

Esta persona estaba desempeñando sus labores ordinarias y al darle mantenimiento de limpieza a una tolva mezcladora, se encontraba en posición inclinada hacia dentro de la misma y ésta accidentalmente se activó, no obstante según manifestó, haber apagado el interruptor cercano a la misma, pero sufrió como consecuencia lesiones que le causaron la pérdida de la mano izquierda.

El patrono le cubrió los gastos médicos, hospitalarios y el salario hasta su recuperación, pero el trabajador afectado, quedó con un grado de incapacidad para el trabajo y ya no podrá realizar el que hasta ahora le permitía obtener ingresos, por lo que la única alternativa que se le plantea al trabajador es entablar una demanda para obtener un resarcimiento económico de su patrono por la pérdida corporal sufrida, dentro de la normativa del derecho de trabajo y previsión social, esto si tuviera los medios económicos para pagar una asesoría legal y el monto que obtendría sería muy bajo, por lo que estos casos no son promovidos, sufriendo las consecuencias permanentes del accidente de trabajo solo el trabajador, lo que es injusto.

Respecto a la falta de pago y la desprotección en que se encuentran los demás trabajadores, han hablado con el gerente de la entidad, pero éste les responde que “no hay dinero” para cubrir las cotizaciones y la prioridad es comprar materia prima, no cancelar las cuotas al seguro social. Asimismo no se les reembolsan a los trabajadores los gastos en que incurren por atención médica y medicamentos que deben buscar, teniendo ellos mismos que sufragar los gastos de un médico particular

que los atienda adecuadamente, muchas veces no tienen dinero y tienen que recurrir a préstamos. Todos los trabajadores se encuentran en la misma situación y frecuentemente se lastiman, por lo que para atenderlos se contrató a un médico particular que les presta deficiente servicio.

Al grupo de trabajadores se les está descontando la cuota que les corresponde para su aporte a la seguridad social, pero al momento de solicitar certificados de trabajo para acudir al seguro social se les niegan. Por lo que necesitan se pague y actualicen las cuotas pendientes, porque el trabajo que realizan es de alto riesgo, ya que manejan maquinaria industrial.

De esta situación, se realizó la denuncia correspondiente ante la Inspección General de Trabajo, habiendo realizado un inspector de trabajo una visita al centro de trabajo, quien constató que efectivamente no se había cumplido debidamente por parte del empleador con la obligación impuesta legalmente de pagar las cuotas correspondientes al seguro social, por lo que se iniciaría procedimiento incidental en contra de la empleadora, a fin de que se le impusiera la sanción que proceda legalmente.

No obstante, en caso de que se le imponga una sanción a la empleadora por infracción a una norma de previsión social, la situación de los trabajadores continuaría igual con el agravante de las fricciones y represalias resultantes de la denuncia realizada por la desesperante situación. Por lo anterior es importante que los órganos jurisdiccionales además de imponer la sanción respectiva, también ordenen al patrono cumplir con las prevenciones y demás diligencias necesarias, para que la infracción denunciada sea corregida, así como requerir el pago efectivo de la multa conforme el principio procesal de impulso de oficio. Es evidente que no está en manos de los trabajadores beneficiarios resolver este problema que les afecta en su salud y bienestar y lo preocupante es que en cualquier momento pudiera darse un accidente de trabajo serio, cuyos costos y consecuencias al mismo

trabajador le tocará sufrir, entonces en donde queda la protección constitucional del derecho a la seguridad social y los mecanismos adecuados para su pleno goce.

Al empleador le resulta más barato aún pagar la posible sanción pecuniaria que se le pueda imponer legalmente, por ello actúa impunemente omitiendo el cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad social, al fin y al cabo el trabajador será el que soporte todas las consecuencias, con la afectación de su economía, su bienestar, su salud, incluso su vida que pudiera perder. El Estado y el ente gestor de la seguridad social continúan sin intervenir en la solución de esta difícil situación, cuando es trasladado un trabajador para que se le atienda, le concede las atenciones de emergencia, luego consulta los registros de trabajadores afiliados, establece sus cotizaciones si no le puede brindar las prestaciones, se le remite a un hospital público y no queda ningún control estadístico por lo menos, con lo que el problema se hace invisible en la realidad.

Es frustrante para estos trabajadores que sufren en forma personal las consecuencias de un accidente de trabajo o enfermedad profesional y para los que deben atender sus denuncias, ver que no existen medios efectivos para persuadir a los empleadores de que cumplan con sus obligaciones.

3.3. Análisis de criterios de funcionarios administrativos y judiciales

Se entrevistó algunos inspectores de trabajo que integran la Inspección General de Trabajo, quienes atienden las denuncias de trabajadores por falta de afiliación o de reporte de las cuotas correspondientes al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, quienes manifestaron que siempre han recibido ese tipo de denuncias, pero a partir de mil novecientos noventa y siete su número aumentó, se desconocen las causas, pero puede ser que los trabajadores se han concientizado de derecho que tienen a estar protegidos y que esta obligación recae inicialmente en el patrono.

Asimismo, cada día es más alto el costo para ser atendido en una consulta médica particular y deben comprarse los medicamentos que son caros, por lo que los trabajadores tienen la necesidad de reclamar su derecho a la salud a través del seguro social, el que también debe atender a sus esposas en estado de gravidez e hijos menores hasta los siete años.

Los inspectores de trabajo manifestaron que en estos casos al no haber sanción persuasiva, los patronos prefieren ahorrar el costo que significa pagar las cuotas para cumplir con su obligación social de aportar para la protección de sus trabajadores y cuando se da una contingencia, es mayor su renuencia, pues entonces conforme la ley, tienen que cumplir con el pago de salario por no haber pagado las cuotas respectivas al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social conforme lo regula el Código de Trabajo en su Artículo 67 y si el trabajador no recibe las prestaciones por causa imputable a patrono éste deberá cubrirlas, lo que implica el pago de atención médica y medicamentos necesarios para el restablecimiento del trabajador, conforme el Artículo 5 último párrafo del Acuerdo Gubernativo 1002 de Junta directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, pero si el restablecimiento del trabajador se prolonga por un tiempo mayor o quedara incapacitado permanentemente, considerando que puede ser total o parcialmente en determinado grado, no existe medio legal para pretender obligarlo a que cubra algún monto salarial por más tiempo del plazo estipulado en los incisos a), b) y c) del Artículo 67 del Código de Trabajo, entonces se configura una suspensión individual total del contrato de trabajo, dejando las dos partes de la relación laboral de cumplir con sus obligaciones. Generalmente la práctica es que se espera un cierto tiempo y se les despide, en el mejor de los casos el patrono le paga alguna cantidad para que el asunto quede concluido, pero el trabajador queda en situación de desamparo. Si su incapacidad es total y permanente, será su familia la que enfrente una difícil situación económica, pues ya no contarán con los ingresos familiares que el incapacitado aportaba y debe asumir ahora su manutención y cuidados especiales si el extrabajador no puede ni siquiera valerse por sí mismo derivado de la incapacidad adquirida por el accidente de trabajo.

Sin esperanza de poder promover una demanda en juicio ordinario de trabajo, ya que no tiene recursos para sufragar los gastos y no hay asesoría legal gratuita para el efecto y así como el Artículo 197 “bis” del Código de Trabajo regula las condiciones probatorias, el trabajador se ve obligado a aceptar su difícil situación, pocos serían los profesionales del derecho que estarían dispuestos a auxiliarlo para reclamar se declare la obligación del patrono a indemnizar, pues aún se tiene la noción de culpa conforme el derecho común o civil, a pesar que se trate de un accidente de trabajo cuyas consecuencias graves generan incapacidad permanente, pérdida de algún miembro principal del cuerpo del trabajador o su muerte, en todo caso el monto de la cantidad que pudiera obtener, para fijarla el Juez de la materia, si las partes no se ponen de acuerdo, será tomando como referencia las indemnizaciones que pague el régimen de seguridad social.

Los inspectores del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social no tienen incidencia en el tratamiento de las denuncias por falta de afiliación o de reporte de cuotas a éste, siendo que ellos pertenecen al ente que legalmente se le delegó el ejercicio de las funciones inherentes al pleno goce de los beneficios de la seguridad social, inicialmente concebida para los trabajadores. La circunstancia, recarga tal labor en la Inspección General de Trabajo, que no cuenta con un número adecuado de inspectores para atender la creciente demanda del servicio y no se vislumbra su fortalecimiento, conforme se acordara en los Acuerdos de Paz.

Los órganos jurisdiccionales, que les corresponde conocer de los casos concretos sometidos a su conocimiento, cuando hay negativa de brindar las prestaciones por parte del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, manifestaron que por falta de afiliación son muy pocos los casos, casi nulos, pero sí existen demandas por el hecho que se les niega el acceso a una pensión, se da el hecho que en los registros del seguro social no aparecen cuotas registradas aunque el patrono las haya cancelado y aún el trabajador haya laborado para el mismo patrono durante toda su actividad laboral, en la que mensualmente se le descontó su cuota respectiva. En estos casos

se aplica las normas vigentes, valora las pruebas aportadas y por lo general la resolución emitida es a favor del trabajador reclamante.

En el caso de que no aparezcan cuotas registradas a favor del trabajador, que es la causa frecuente de negativa para otorgar cobertura de prestaciones, se trata de determinar la circunstancia por otros medios, solicitando reporte a los patronos anteriores, documentación relacionada que si se puede obtener es útil, ya que basta comprobar el pago, pues algunas veces el error es a nivel interno, porque esa planilla no ingresó a la Sección de Correspondencia y Archivo del Instituto Guatemalteco de Seguridad social que es la que rinde informe de los salarios devengados del actor.

En estos casos existe el criterio que si de esos datos, obtenidos por documentos emitidos al patrono, como puede ser el recibo de pago de la planilla efectuado al seguro social y se desprende que hubo un mayor número de cotizaciones a favor del trabajador, esto permite cumplir con el requisito exigido para tener derecho a cobertura. Es al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a quien le correspondería accionar contra los patronos que no han acreditado las cuotas descontadas, por ejemplo si se deduce o consta que la cantidad por cotización que corresponde al trabajador se descontó y no aportó, esa omisión no puede afectar a los intereses de los trabajadores, criterios jurisprudenciales sustentados en sentencias emitidas dentro de los expedientes trescientos siete-noventa y dos y un mil ciento cuarenta y cinco-dos mil seis de la Corte de Constitucionalidad.

Conforme Artículo 4 del Acuerdo 1124 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad social que dice “Tiene derecho a pensión de invalidez el asegurado que reúna las condiciones siguientes: a) Ser declarado inválido, de acuerdo con lo previsto en los artículos cinco, seis y ocho del presente Reglamento; b) Tener acreditados treinta y seis meses de contribución en los seis años inmediatamente anteriores al primer día de invalidez...”.

Considero es acertado el criterio de la Corte de Constitucionalidad, pero puede darse el caso que el patrono haya cancelado las cuotas al seguro social, éstas no aparecen registradas por error y cuando el trabajador sufre la contingencia, necesita demostrar que se le descontaron y se aportaron esas cuotas, pero su patrono anterior por el tiempo no conserva esa documentación, con lo cual queda nula toda posibilidad de demostrarlo y simplemente el trabajador que en el peor de los casos puede estar incapacitado, declarándosele con un grado de invalidez, queda totalmente desamparado y no tendrá derecho a una pensión por invalidez que es la que se otorga.

Por lo anterior es acorde con los principios y características del derecho de trabajo y el de la seguridad social que no se exijan requisitos que obstaculizan el acceso al pleno goce de este derecho, a quienes sufren de accidente de trabajo o enfermedad profesional que no estén afiliados o con reporte de cuotas insuficientes, más que demostrar la existencia de la relación laboral vigente al ocurrir aquel.

CAPÍTULO IV

4. Implicaciones de que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social deje de prestar sus servicios a los trabajadores no afiliados por culpa del patrono

Que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, no preste atención médica y hospitalaria, con el agravante que tampoco concederá pensiones a los trabajadores que queden incapacitados o mueran como resultado de un accidente de trabajo o enfermedad profesional es contrario a la equidad y legalmente improcedente, porque existen supuestos doctrinarios, fácticos y legales de los que se deduce que existe obligación de otorgar los beneficios que legalmente se han establecido para los beneficiarios. Los derechos de la seguridad social, son garantías mínimas que tienen el carácter de irrenunciables, por lo que El Estado está obligado a velar por el cumplimiento de las normas jurídicas que los regulan y debe crear medidas y mecanismos para que se le presten efectivamente a las personas que integran una relación que reúne los elementos para ser calificada como de trabajo, aunque el que debe afiliarse al trabajador, no haya cumplido esta obligación ni haya reportado la cuota que le descontó junto a la patronal correspondiente al seguro social.

4.1. Generalidades

El Artículo 100 de la Constitución Política de la República establece el reconocimiento Estatal del Derecho a la Seguridad Social como una garantía en beneficio de todos los habitantes de la nación. Dicha norma establece que el costo que significa dicho derecho debe ser cubierto en forma tripartita, es decir Estado, empleadores y trabajadores, quienes deben contribuir con el financiamiento del régimen de seguridad social del país.

Para el cumplimiento de esta norma en la Constitución Política de la República, crea el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, como una entidad autónoma, con

personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias y gozando de una exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios.

De conformidad con los Acuerdos que regulan el funcionamiento del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, todo empleador que ocupe en su empresa a tres o más trabajadores está obligado a afiliarse y afiliar a sus trabajadores al seguro social y como consecuencia la ley impone a ambos la obligación de contribuir para el financiamiento de los distintos beneficios y programas de atención que ofrece, excepto el caso de los patronos que se dediquen a labores de construcción o transporte, caso en el cual la obligación antes mencionada nace desde del momento del inicio de labores de la empresa, sin estar sujeto a número mínimo de trabajadores.

Sin embargo, por la misma cultura de incumplimiento imperante en nuestro país, constantemente los empleadores se resisten a cumplir con aquellas normas de trabajo o de previsión social, especialmente cuando la obligación de cumplimiento implica un desembolso monetario. Como consecuencia de lo anterior, diariamente se ven trabajadores activos que prestan sus servicios a determinado patrono, sin que éste realice la respectiva afiliación, dejándolos sin la protección a que se refiere la norma constitucional citada supra.

La omisión de contribuir al régimen de seguridad social afecta principalmente a los trabajadores, por ser la parte más débil de la relación laboral, principalmente cuando se encuentran afectados de la salud a causa de alguna enfermedad o accidente de trabajo, ya que al no ser atendidos por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social deben acudir a cualquier otro centro hospitalario del Estado que preste servicios gratuitos o bien cubrir esos servicios con su propio peculio, lo que perjudica su situación económica, social y familiar. El perjuicio económico en contra del trabajador se concreta aún cuando se obtiene el servicio médico u hospitalario en cualquier otra institución del Estado, ya que nada es absolutamente gratuito, además no cubre posteriormente los medicamentos gratuitos ni programas de terapia de rehabilitación, para el mantenimiento y conservación de la salud deteriorada a causa de un accidente

de trabajo o enfermedad profesional y aptitud para el trabajo y por supuesto ningún subsidio durante el tiempo que pueda durar una eventual incapacidad del trabajador, lo cual si hace el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Diariamente se vive este tipo de situación en el ambiente laboral del país, sin que exista una regulación clara y concreta respecto del asunto, por lo que los empleadores actúan impunemente perjudicando a los trabajadores y beneficiando sus bolsillos, toda vez que la no afiliación de sus trabajadores le significa un ahorro del 12.67 % del total de los salarios que periódicamente paga a aquellos.

En virtud de lo anterior considero importante la realización de un estudio investigativo que determine las implicaciones legales, económicas, sociales y culturales provenientes de la omisión del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a prestar atención médica y hospitalaria a aquellos trabajadores que acuden a solicitarla luego de haber adquirido una enfermedad profesional o de haber sufrido un accidente de trabajo, aún cuando estos no demuestren su afiliación a dicho instituto ya que la obligación de hacerlo es por cuenta del patrono siendo este último quien debe asumir las consecuencias de su omisión, por lo que aparte de establecerse la obligación aludida, se debe dejar un procedimiento claro y sencillo para que dicho Instituto pueda recuperar el costo de dicha atención, con sus respectivos intereses, recargos y costas procesales a través de un derecho de repetición en contra del patrono culpable de la omisión; esto es con el fin de que en forma sistemática se vaya disminuyendo el incumplimiento de la obligación de contribuir al régimen de seguridad social y consecuentemente se haga realidad esa garantía mínima de orden constitucional.

Lo anterior, se pretendió establecer a través de un estudio respecto los niveles de contribución al régimen de seguridad social, los índices de cotización y los niveles de incumplimiento de dicha obligación así como conocer la opinión de aquellos profesionales involucrados en el tema de salud y seguridad ocupacional, que laboran para diferentes instituciones estatales relacionadas al tema de la seguridad social.

En cuanto a lo anterior se observó que no existen estadísticas a través de las cuales se pueda establecer el porcentaje de empleadores que omiten su obligación de afiliarse y afiliar a sus empleados, ni el de personas trabajadoras a quienes el ente gestor de la seguridad social, les niega el acceso a las prestaciones que este brinda por falta de afiliación o de cotizaciones, ni siquiera de manera indirecta, aunque al entrevistar a personas relacionadas a servicios de salud en el seguro social y públicos, manifestaron que en varios casos atendían a personas que habían sufrido accidente de trabajo o que sus síntomas de enfermedad, pudieran provenir de las condiciones de trabajo inadecuadas a que habitualmente estaban expuestas y el seguro social no les brindó el servicio al no reunir los requisitos exigidos para poder recibirlos. Simplemente se atiende la emergencia en el seguro social y aunque existan evidencias de un accidente de trabajo y de la existencia de una relación laboral por los testimonios del lugar y como ocurrieron los hechos, si no está afiliado o no cuenta con el número de cotizaciones requeridas, se le dice que no puede continuar su atención en el seguro social y se le remite a un hospital público, quedando desamparado ante el infortunio del trabajo que sufrió.

Es necesario regular la obligación que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social preste atención médica, hospitalaria y el subsidio que correspondiera a aquellas personas trabajadoras en relación de dependencia, que no hayan sido afiliadas, por omisión de su empleador, quienes han sufrido accidente de trabajo o enfermedad profesional y sus efectos posteriores, aún más grave es el caso si les provoca una incapacidad temporal o permanente que les impide obtener ingresos a través de su fuerza de trabajo. La seguridad social es un derecho que constitucionalmente se reconoce para los habitantes de la nación, siendo los trabajadores un importante sector de ésta a quienes se les ha concedido este privilegio, pero aún no se les da cobertura a todos.

Los empleadores, trabajadores y el Estado cumplen con su obligación de aportar económicamente al sostenimiento de este régimen protector de la persona humana y a estos no puede gravárseles aún más a causa de la omisión culpable de empleadores

que continúan incumpliendo, evadiendo la responsabilidad que tienen de afiliarse y afiliarse a sus trabajadores sin importarles el peligro a que éstos se encuentran expuestos diariamente en la realización de sus labores y al concretarse la contingencia, sus efectos recaen directamente sobre la humanidad del trabajador y su entorno, desequilibrando su estado físico, psicológico, emocional, espiritual y social así como el de su familia.

El Estado a través de la legislación debe implementar medidas y mecanismos adecuados, debe facilitar que sea una realidad la protección de la vida desde su concepción y el desarrollo integral de la persona, pero debido a la limitación de recursos, mala administración, poca fiscalización y ausencia de sanciones meritorias El Estado aún no está en condiciones y capacidad, de prestar servicios eficientes y eficaces, asimismo la normativa en materia de seguridad social es vigente, pero aún no positiva, por lo que con inspiración en los principios de legalidad, solidaridad inmediatez, irrenunciabilidad, universalidad y progresividad, es necesario ver la realidad actual de atraso y estancamiento en que se encuentra la seguridad social en el país, para implementar mecanismos congruentes que permitan llegar a un nivel aceptable de cumplimiento efectivo y luego con visión de progresividad alcanzar el anhelo de cobertura y bienestar social básico inicialmente para quienes está diseñado actualmente el régimen de seguridad social los trabajadores y su familia que aportan con su esfuerzo a la economía nacional en beneficio de la sociedad en general y luego ampliarla a los demás habitantes que voluntariamente deseen contribuir.

4.2. Supuestos fácticos y de derecho que obligan al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a prestar sus servicios a todos los trabajadores

Existen consideraciones doctrinarias que se analizan, situaciones de hecho y regulaciones de derecho conforme desarrollaremos a continuación, que determinan la obligatoriedad que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social preste atención médica y hospitalaria a los trabajadores que sufren accidente de trabajo o enfermedad

profesional, los costos respectivos deben ser cobrados al patrono culpable de la omisión, que no afilió ni reportó las cotizaciones al seguro social. Para ello deben regularse las medidas y mecanismos congruentes para brindar atención a los trabajadores que sufren accidente de trabajo o enfermedad profesional, así como un procedimiento específico, rápido, promovido de oficio para obtener el pago del patrono por los costos en que incurra el ente gestor de la seguridad social .

4.2.1. Análisis doctrinario

Al analizar los textos doctrinarios consultados, se puede ver que la seguridad social en el transcurso de su evolución, su finalidad, su objeto es auxiliar al hombre en estado de necesidad.

Junto a la seguridad social también ha evolucionado la doctrina de la responsabilidad por daño, la que dentro del derecho civil, obligaba al resarcimiento del daño, pero solo por un incumplimiento culposo, quedando fuera el caso fortuito y la fuerza mayor, esta posición fue modificándose, pues la previsión social como antecedente de la seguridad social, surgió dentro de la esfera del derecho del trabajo, hasta llegar a la concepción de la responsabilidad por daño bajo la perspectiva de la teoría del riesgo, específicamente la teoría del riesgo profesional al que está expuesto la persona que tiene como medio único para obtener ingresos para su subsistencia y la de su familia el trabajo, como una actividad productiva a cambio de un salario en forma subordinada y por cuenta ajena, de cuyo resultado (bienes o servicios) se beneficia el empleador.

El trabajador también contribuye para la economía de un país, por lo que ese riesgo derivado de la actividad laboral que el trabajador realiza en beneficio del empleador y de la economía en general, al concretarse y ocasionarle un daño derivado de ese infortunio, corresponde solo al empleador el resarcimiento respectivo, pues éste es el creador del riesgo.

Aún con acertadas acciones, mecanismos y medidas preventivas, es imposible evitar la ocurrencia de un accidente de trabajo o los efectos de una enfermedad profesional, legalmente reconocida a través de una tabla aprobada, o una enfermedad del trabajo demostrada y quien aprovecha los beneficios de la actividad empresarial es el patrono, mientras que el trabajador ubicado en una situación jurídica y material de vulnerabilidad, sin recursos económicos, más que su fuerza de trabajo para obtener ingresos y que debiera por lo menos tener acceso a lo básico para su subsistencia y la de su familia, no debe quedar desamparado ante el estado de necesidad que afronta derivado de la contingencia laboral que sufrió, principalmente si los servicios y pensiones que la seguridad social ofrece no le pueden ser brindados por falta de algún requisito cuya omisión es responsabilidad del empleador, asimismo el papel del Estado es trascendental, pues otorga al trabajador un derecho como garantía constitucional y en la legislación relacionada en nuestro país se estipula que el empleador es quien realiza la afiliación y posterior reporte de cuotas patronales y de los trabajadores ante el seguro social, por lo que El Estado no puede evadir la obligación que también le corresponde en crear los mecanismos y medidas para que las prestaciones de la seguridad social le sean brindadas efectivamente al trabajador, quien por realizar determinada actividad laboral, no solo sufre un daño, sino que además podría quedar incapacitado temporal o permanentemente, en forma parcial o total, derivado de la contingencia, se le ubica a la persona en un estado de necesidad muy lamentable, pues ya no podrá realizar el trabajo como venía efectuándolo, posiblemente ninguna otra actividad, lo que le privará de obtener ingresos para su subsistencia y la de su familia, constituyendo esto para él una situación muy difícil.

4.2.2. Supuestos fácticos

Las causas de los accidentes desde el punto de vista de la prevención son definidas y se pueden determinar, controlar o eliminar.

Hay dos grandes causas de accidentes, las personas y el medio ambiente de trabajo. Los trabajadores causarán accidentes cuando llevan a cabo o trabajan con acciones subestándares, el medio ambiente de trabajo causará accidentes cuando existen condiciones subestándares.

Las causas humanas de los accidentes las hemos llamado acciones subestándares, se definen como cualquier acción (cosas que se hacen) o falta de acción (cosas que no se hacen) que pueden llevar a un accidente. Es la actuación personal indebida, que se desvía de los procedimientos o metodología de trabajo aceptados como correctos, ya sean escritos o entregados en forma de instrucción verbal por la supervisión. Se trata de acciones comunes, muchas veces las hacemos sin pensar que estos nos pueden llevar a un accidente.

Ejemplos de acciones subestandar: No respetar procedimientos de trabajo, trabajar sin autorización o no estar capacitado, no usar los equipos de protección personal, hacer bromas, conducir a exceso de velocidad, fumar en presencia de combustibles o inflamables.

El factor que explica las acciones subestándares lo llamamos factor personal, se pueden dividir en: Falta de conocimiento (no sabe), por ejemplo un supervisor manda a un trabajador a realizar una actividad sin preguntar si sabe o no hacerlo, o no cerciorase de que efectivamente sabe el trabajo que se le ha asignado, falta de motivación o actitud indebida (no quiere) trata de ahorrar tiempo, de evitar esfuerzos, de evitar incomodidades o de ganar un prestigio mal entendido y falta de capacidad física o mental (no puede) se produce cuando la persona se ha seleccionado mal para el cargo a ejecutar, no es el trabajador adecuado, la persona ha visto disminuida su capacidad física o mental. Deben existir selección de personal, entrenamiento, controles médicos y otras prácticas de buena administración.

Las causas ambientales de los accidentes se llaman condiciones subestándares, se definen como cualquier condición del ambiente de trabajo que puede contribuir a un

accidente. Estas condiciones del ambiente de trabajo están conformadas por el espacio físico, herramientas, estructuras, equipos y materiales en general, que no cumplen con los requisitos mínimos para garantizar la protección de las personas y los recursos físicos del trabajo. Ejemplos de condiciones subestandar: Líneas eléctricas sin conexión a tierra, piso resbaladizo o con manchas de aceite, caminos y señalización en mal estado, equipos de levante en mal estado, correa transportadora sin protección, engranajes o poleas en movimiento sin protección

Tal como las acciones subestándares existían factores personales que las hacían aparecer, en las condiciones subestándares existen orígenes que las hacen aparecer y se llama a éstas factor del trabajo.

Las causas orígenes de las condiciones subestándares o factores del trabajo pueden dividirse en: Desgaste normal o anormal, abuso por parte de los usuarios, diseño inadecuado, mantenimiento inadecuado.

Para evitar el riesgo es fundamental llevar una bitácora del equipo, material o repuesto para saber con certeza cuándo cambiar o reparar, el desgaste anormal se produce por abuso de un equipo o herramienta, la que debe corregirse con capacitación e inspecciones. El abuso por parte de los usuarios se da cuando se usan para otros fines las herramientas, causando condiciones subestándares, por ejemplo, usan un destornillador como palanca, un alicate para golpear.

Dentro del diseño debemos incluir espacio suficiente, iluminación adecuada, ventilación, espacios de tránsito, etcétera. El mantenimiento inadecuado consiste en el no reemplazo de equipos viejos, la falta de repuestos y piezas, esto origina condiciones para provocar accidentes.

En ambas definiciones, se dijo que eran hechos que... “pueden causar un accidente”, ambas pueden existir sin que se produzcan accidentes, dependerá del grado de riesgo de las acciones y condiciones existentes en el momento, habrá algunas de

mayor riesgo y la posibilidad de accidente será mayor, otras de menor riesgo, en la que la posibilidad será menor.

Lo importante es detectarlas y controlarlas a tiempo, cuando muchas acciones y condiciones subestándares existen sin controlarse, el ánimo de los trabajadores se deteriora y a la larga se producen más accidentes. Por ello es importante tomar conciencia de que es necesario esforzarse para lograr la eliminación de todas las acciones y condiciones subestándares.

El amparo a las personas que han sufrido accidente de trabajo o enfermedad profesional se debiera promover por las instituciones de garantía, la ampliación de la base económica sobre la que el riesgo descansa, más que por la individualidad de la empresa, siendo necesarias una generalización, una socialización, en la que como seguro obligatorio el Estado no debe desentenderse por constituir la seguridad social una garantía constitucional, en la que la necesidad de estar afiliado y con cotización al día, durante un cierto tiempo con anterioridad a la producción del hecho causante de la prestación de que se trate (período de carencia), debiera desaparecer, cuando se trata de contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o del trabajo, la asistencia será prestada por el órgano asegurador a quien el empresario vendrá obligado a reintegrar el importe, basado en su carácter excepcional y catastrófico y asimismo, resulta lógico que el trabajador no contribuya económicamente al sostenimiento del régimen reparador de los riesgos profesionales, ya que la esencia de la responsabilidad radica en hacerla recaer sobre la propia empresa, si bien se ha producido después una amplia socialización de la base económica sobre la que dicha responsabilidad ha de sustentarse, con el fin de dotarla de una mayor seguridad.

En el país al existir negativa para obtener las prestaciones en servicio o en especie de parte del ente gestor de la seguridad social, el beneficiario si tuviera recursos económicos para ello, puede promover juicio ordinario de trabajo en contra del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y adicionalmente, en el caso que a causa

del accidente de trabajo pierda un miembro principal, quede incapacitado permanentemente para el trabajo o muera, puede demandar al patrono, el que quedará obligado a indemnizar los perjuicios causados, solo si se demuestra su negligencia e incumplimiento de las normas de prevención, no ha adoptado las medidas necesarias para evitar accidentes, habiendo este ocurrido antes o si los trabajadores o sus organizaciones le han indicado por escrito el riesgo existente y no adoptó medidas para corregirlo, si fuere declarado su derecho a indemnización, la referencia del Juez para fijar el monto, es lo que paga el seguro social según su tabla impuesta.

Opino que la forma de regular las consecuencias del accidente de trabajo o “infortunio del trabajo” en el Artículo 197 “bis” del Código de Trabajo, es contrario a la justicia social, pues no obstante el reclamo de indemnización se promueve en juicio ordinario de trabajo, la norma está inspirada en los principios y noción de culpa conforme el derecho civil, ya que es necesario demostrar que hubo culpa del patrono, elemento que en otras legislaciones inspiradas en la teoría del riesgo profesional o de empresa ya desapareció, pues ésta se presume a favor del trabajador.

Pienso que en las condiciones reguladas para el reclamo de resarcimiento por accidente de trabajo en juicio ordinario descritas anteriormente, sería mejor un proceso judicial de derecho común, para obtener una indemnización, con circunstancias probatorias muy difíciles, similares a las del Artículo 197 “bis” del Código de Trabajo, pero tomando en cuenta que la vía civil le permitirá obtener por el daño sufrido, un resarcimiento en dinero más adecuado, al serle declarado el derecho, que el que obtendría en juicio ordinario de trabajo, en el que si no hay acuerdo se toma como referencia para fijar el monto, la indemnización que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social paga, cuyas cantidades actualmente son muy bajas y no han sido objeto de revisión, por lo que es necesario se regule la indemnización contenida en el artículo antes citado basándose en los principios del derecho de trabajo y de la seguridad social. Por lo antes analizado, es justo y equitativo que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, preste la atención

médica y hospitalaria a los trabajadores no afiliados que sufran accidente de trabajo o enfermedad profesional, con solo demostrar la relación laboral y la relación de causalidad, es decir que las lesiones se produjeron por el hecho o con ocasión del trabajo, a través de cualquier medio legal, pero sin exigir la formalidad de requisitos previos.

La doctrina de la responsabilidad, los seguros sociales y los riesgos de trabajo, en su relación y evolución hicieron que la conciencia jurídica del siglo XIX se conmoviera frente a la magnitud del problema de los accidentes de trabajo, que con el uso de las máquinas sin precauciones adecuadas proliferaron en forma alarmante, pero conforme los elementos de la responsabilidad en materia civil hacían ilusoria cualquier acción dirigida a la obtención de una indemnización, las causas de los accidentes podría decirse son cuatro:

- 1) La culpa del empleador, negligencia, carencia de medidas preventivas u órdenes imprudentes;
- 2) La culpa del trabajador por descuidos, por el hábito al peligro derivado de la repetición del trabajo;
- 3) Los casos fortuitos o de fuerza mayor; y
- 4) Los actos de terceros, particularmente compañeros de la víctima.

El derecho civil aceptaba solo la primer causa, que eran solo una tercera parte de los accidentes, pero además exigía una prueba absurda: La existencia de una relación de trabajo; que se había sufrido accidente por el trabajador; que este ocurrió como consecuencia del trabajo; que el accidente era debido a culpa consciente del patrono, es decir que por un acto u omisión del empresario, debía probarse que conscientemente el empleador utilizaba maquinaria defectuosa o no cumplía en sus instalaciones las reglas recomendadas por la técnica.

4.2.3. Supuestos legales

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su primer y segundo considerandos establece: “Que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, al advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. “Que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”; “La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan mediante la enseñanza y educación el respeto a estos derechos y libertades.... “ La misma, en sus Artículos 2, 3 y 16 numeral 3, consigna: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción alguna de..... “ Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad; y a la seguridad de su persona” “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” y específicamente el Artículo 22: “Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Artículo 23 numeral 1.: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. El Artículo 25 numeral 1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en

especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales; tiene así mismo, derecho a los seguros en caso desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

La misma perspectiva de anhelos se plasman en La Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la que en su texto inicialmente reconoce: “Su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre...” y luego reitera que con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos y..... Asimismo en la misma establecen los siguientes artículos: Artículo 7 en su numeral 1: “Derecho a la libertad personal. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal”. Artículo 17 en su numeral 1: “Protección a la familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado”.

El Artículo 24 del cuerpo legal antes citado dice: “Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley.” Artículo 25: “Desarrollo Progresivo. Los estados partes se comprometen a adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena actividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La Constitución Política de la República, en sus artículos siguientes indica: Artículo 1. “Protección a la persona. El estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común”. Artículo 2. “Deberes del estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona”. Artículo 3. “Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

El Artículo 44 estipula: “Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.” Artículo 46. “Preeminencia del derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. Artículo 47. “Protección a la familia. El Estado garantiza la protección social económica y jurídica de la familia...”.

El Artículo 53 dice: “Minusválidos. El Estado garantiza la protección de los minusválidos y personas que adolecen de limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales. Se declara de interés nacional su atención médico-social, así como la promoción de políticas y servicios que permitan su rehabilitación y su reincorporación integral a la sociedad...” Artículo 93. “Derecho a la salud. El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.” Artículo 94. “Obligación del Estado sobre salud y asistencia social. El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación.... a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social”. Artículo 95. “La salud, bien público. La salud de los habitantes de la Nación es un bien público. Todas las personas e instituciones están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento.” Artículo 100. “Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la

seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria...”.

El Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen, con la única excepción de lo preceptuado por el artículo 88 Constitucional, tienen obligación de contribuir a financiar dicho régimen y derecho a participar en su dirección, procurando su mejoramiento progresivo.

La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que es una entidad autónoma con personalidad jurídica, patrimonio y funciones propias; goza de exoneración total de impuestos, contribuciones y arbitrios, establecidos o por establecerse. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debe participar con las instituciones de salud en forma coordinada.

El Organismo Ejecutivo asignará anualmente en el Presupuesto de Ingresos y Egresos del estado, una partida específica para cubrir la cuota que corresponde al Estado como tal y como empleador, la cual no podrá ser transferida ni cancelada durante el ejercicio fiscal y será fijada de conformidad con los estudios técnicos actuariales del instituto”.

En armonía con las diversas doctrinas que para proteger la salud, la integridad y seguridad de la persona y de su familia se han desarrollado, las que evolucionaron hasta lo que actualmente en sociedades más avanzadas, ha permitido la protección a través de la seguridad social de mayores proporciones de su población, desde un enfoque de la responsabilidad social de todos y cada uno de los miembros de la comunidad y conforme los tratados y convenios internacionales, así como la normativa constitucional que evidencian no solo el deseo, sino el compromiso, porque sería una gran contribución para suavizar las relaciones sociales desiguales, con el fin de alcanzar el bien común y permitir condiciones que propicien la paz, donde la persona y su familia dependiente puedan tener acceso a los elementos

mínimos para su subsistencia, teniendo como base la contribución que cada uno aporta a través de las diversas actividades que realiza, en beneficio de la economía en general, especialmente el hecho que entre las relaciones que se generan, ocupan un lugar preferente para su protección los trabajadores en relación de dependencia, por cuenta ajena, pues es necesario que la persona tenga seguridad en su presente y para su futuro.

En el desempeño del trabajo, el ser humano constantemente está expuesto a riesgos, pero en las organizaciones empresariales con un sistema productivo económico industrializado, esa situación potencial de sufrir una contingencia es más alto y al ocurrir ésta, le generará cargas económicas complementarias, servicios médicos, hospitalarios, rehabilitación, prestaciones y pensiones. Ante la situación de necesidad que afrontan los individuos al sufrir una contingencia, especialmente los trabajadores fue creado el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, el que actualmente es el ente gestor de la seguridad social, seguro social, dentro de la definición de previsión social-, surge como consecuencia del desarrollo de la sociedad, con el propósito de mejorar las condiciones de vida de los trabajadores. El término seguridad social, lo empleó por primera vez el Libertador Simón Bolívar en 1819 , cuando declaró en el Congreso de Angostura: “El sistema de gobierno más perfecto es aquel que ofrece mayor suma de felicidad posible, mayor suma de seguridad social”.

Antes de la creación del régimen guatemalteco de seguridad social, hubo en nuestro país una legislación destinada a proteger a los trabajadores, “La Ley Protectora de Obreros”, Decreto 669, promulgada el 21 de noviembre de 1906, bajo la administración del Licenciado Manuel Estrada Cabrera, los principios de esta ley se quedaron solo escritos, sin tener ninguna aplicación, pues no se previó una organización administrativa que llevara a la práctica esta protección. El Médico y Cirujano César Meza en 1944 previo a graduarse, en su tesis enfocó el tema “El Seguro Social Obligatorio”, en ese trabajo dice entre otras cosas “Seguro social es el organismo que ha venido a señalar una nueva etapa en la vida de los pueblos”. Luego del

movimiento revolucionario de 1944 se eligió un gobierno democrático, bajo la Presidencia del Doctor Juan José Arévalo Bermejo (1945-1951) , durante el cual se gestionó la venida al país de dos técnicos en materia de seguridad social, el Licenciado Oscar Barahona Streber (costarricense) y el actuario Walter Dintel (chileno) , quienes hicieron un estudio de las condiciones económicas, geográficas, étnicas y culturales de Guatemala, el resultado de ese estudio fue publicado en el libro “Bases de la Seguridad Social en Guatemala” y en 1946 el Congreso de la República sancionó el Decreto 295 “Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social”.

La Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Decreto 295 del Congreso de la República, del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, en su último considerando incisos c) y e) establece: “ proteger al pueblo de Guatemala y de elevar gradualmente su nivel de vida, sin distinción de clases, ideas, grupos o partidos.” “De una ley orgánica muy flexible y dinámica, para que a través de sucesivas etapas que se irán venciendo paulatinamente, en el curso de muchos años de acción metódica y sostenida, esté el referido Instituto en capacidad de alcanzar las metas más nobles, más humanas y de mayor sentido social;”. Asimismo en los artículos siguientes establece: Artículo 1º “.....un régimen nacional, unitario y obligatorio de Seguridad Social, de conformidad con el sistema de protección mínima”, Artículo 27. “Todos los habitantes de Guatemala que sean parte activa del proceso de producción de artículos o servicios, están obligados a contribuir al sostenimiento del régimen de seguridad social en proporción a sus ingresos y tienen el derecho de recibir beneficios para sí mismos o para sus familiares que dependan económicamente de ellos, en la extensión y calidad de dichos beneficios que sean compatibles con el minimum de protección que el interés y la estabilidad sociales requieran que se les otorgue”.

“A efecto de llevar a la práctica el objetivo final ordenado en el párrafo anterior, el instituto goza de una amplia libertad de acción para ir incluyendo gradualmente dentro de su régimen a la población de Guatemala, de conformidad con las siguientes reglas:

a) Debe tomar siempre en cuenta las circunstancias sociales y económicas del país....
b) Debe empezar sólo por la clase trabajadora y dentro de ella, por los grupos económicamente favorables por razón de su mayor concentración.... urbano de preferencia al rural..... c) Debe procurar extenderse a toda la clase trabajadora, en todo el territorio nacional, antes de incluir dentro de su régimen a otros sectores de la población; Artículo 28. “El régimen de Seguridad Social comprende protección y beneficios en caso de que ocurran los siguientes riesgos de carácter social: a) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; b) Maternidad, c) Enfermedades generales; d) Invalidez; e) Orfandad; f) Viudedad; g) Vejez; h) Muerte (gastos de entierro; e i) Los demás que los reglamentos determinen”.

El Artículo 29 dice: “La protección relativa a accidentes de trabajo y a enfermedades profesionales, comprende los siguientes beneficios para el afiliado: a) En caso de incapacidad temporal, servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios; aparatos ortopédicos, y una indemnización en dinero proporcional a sus ingresos; b) En caso de incapacidad permanente, parcial o total, las rentas que estimaciones actuariales determinen..... c) En caso de muerte, los causahabientes que hayan dependido económicamente del occiso en el momento de su fallecimiento especialmente su esposa e hijos menores de edad, deben recibir las pensiones que estimaciones actuariales determinen , además de una suma destinada a gastos de entierro”. Artículo 33. “Los reglamentos deben determinar, de acuerdo con la naturaleza de las diversas clases de beneficios, qué extremos deben probarse y qué condiciones deben llenarse para el efecto de que la concubina y los hijos nacidos fuera de matrimonio perciban dichos beneficios.” Artículo 35. “El derecho de reclamar el otorgamiento de una pensión prescribe en un año y el derecho de cobrar las pensiones o indemnizaciones acordadas prescribe en seis meses”.

Asimismo el Artículo 42 establece: “Para la correcta y rápida percepción de los ingresos del Instituto, se deben observar estas reglas: Las certificaciones de la Gerencia sobre sumas adeudadas al Instituto, constituyen título ejecutivo, y estas últimas se deben cobrar conforme al procedimiento económico-coactivo, siempre que

se trate de cuotas o contribuciones. Los créditos a favor del Instituto tienen el privilegio de créditos de primera clase con preferencia absoluta sobre cualesquiera otros, excepto los que el deudor respectivo tenga a favor de terceros por concepto de salarios, o los que se originen, de acuerdo con los términos y condiciones del Código Civil....”. Artículo 50. “El Departamento de Inspección y de Visitaduría Social del Instituto debe vigilar porque patronos y afiliados cumplan las prescripciones de esta ley y de sus reglamentos, y sus miembros tienen las obligaciones y facultades que se expresan a continuación: c) Siempre que encuentren resistencia injustificada deben dar cuenta de lo sucedido al Tribunal de Trabajo y Previsión Social que corresponda; f) Las actas que levanten y los informes que rindan en materia de sus atribuciones, tiene plena validez en tanto no se demuestre de modo evidente su falsedad o parcialidad;” Artículo 51. “Toda persona puede dar cuenta a los inspectores o a las visitadoras sociales, de cualquier infracción que cometan los patronos o los afiliados en contra de esta ley o de sus reglamentos”.

El Artículo 52 indica: “Los reclamos que formulen los patronos o los afiliados con motivo de la aplicación de esta ley o de sus reglamentos, deben ser tramitados y resueltos por la Gerencia dentro del plazo más breve posible. Contra lo que esta decida procede recurso de apelación ante la Junta Directiva... Solo ante los tribunales de trabajo y previsión social pueden discutirse las resoluciones de la Junta Directiva y para que sean admisibles las demandas respectivas, deben presentarse dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel en que quedó firme el pronunciamiento del Instituto”.

El Acuerdo número 1123 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento de Inscripción de Patronos en el Régimen de Seguridad Social” en los artículos siguientes establece: Artículo 2. “Todo patrono, persona individual o jurídica, que ocupe tres o más trabajadores, está obligado a inscribirse en el Régimen de Seguridad social. Los patronos que se dediquen a la actividad económica del transporte terrestre de carga, de pasajeros o mixto (carga pasajeros), utilizando para el

efecto vehículos motorizados, están obligados a inscribirse cuando ocupen los servicios de uno (1) o más trabajadores”.

El Artículo 5 del Acuerdo antes citado dice: “Las personas jurídicas que asuman la calidad patronal en el Régimen de seguridad social, deben comprobar documentalmente su personalidad jurídica y la personería que acredite su representación legal.” Artículo 6. “Exclusivamente en el caso de las sociedades mercantiles, se dispone lo siguiente: c) No tienen calidad de afiliados al Régimen de Seguridad Social, los miembros de las Juntas Directivas o Consejos de Administración de las sociedades accionadas, y que perciban una remuneración para el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, si desempeñaren otros cargos remunerados en la empresa, se considerarán afiliados con respecto a los mismos”.

El Artículo 13 indica: “Trabajador es la persona individual que presta sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo.” Artículo 15. “Las personas individuales que tengan la representación del patrono y que ejerzan a nombre de éste funciones de dirección o de administración, tales como gerentes, directores, administradores, reclutadores y todas las que estén legítimamente autorizadas por aquél, son trabajadores afiliados y deben aparecer reportados como tales en las Planillas de Seguridad Social”.

El Artículo 17 señala: “Las inscripciones patronales deben ser gestionadas por los patronos, directamente en la División de registro de Patronos y Trabajadores de las Oficinas Centrales del Instituto Guatemalteco de seguridad Social, cuando corresponda al Departamento de Guatemala, y en los demás departamentos, en las delegaciones y Cajas Departamentales del instituto.” Artículo 20. “Al efectuarse la inscripción patronal, se asignará el número patronal, extendiéndose Resolución de Inscripción Patronal, la cual se notificará al patrono.” Artículo 23. “Inscripciones Patronales “de oficio”, son las realizadas cuando exista negativa o resistencia del patrono a inscribirse, estando obligado.” Artículo 31. “Todos los patronos quedan obligados a inscribirse en el Régimen de Seguridad Social, dentro de los treinta (30)

días siguientes al mes en que estén obligados a contribuir con el Régimen de Seguridad Social”.

El Acuerdo número 44/2003, “Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Inscripción de Patronos en el Régimen de Seguridad Social” en los artículos siguientes establece: Artículo 5. “Con la notificación de la “Resolución de Inscripción Patronal”, pueden realizarse los trámites siguientes: e) Gestionar las “Constancias de Afiliación” (carné) de los trabajadores que no se encuentren inscritos y la reposición de las mismas para quienes no cuenten con ellas.” Artículo 12. “Inscripción Patronal de Oficio. Se dará cuando el patrono no acude voluntariamente a inscribirse, se niegue a proporcionar la información y documentación requerida por el inspector patronal, así como a firmar el formulario de inscripción”.

Asimismo el Artículo 13 estipula: “En caso de detección de patronos que no han cumplido con la obligación de inscribirse, el inspector.... reportar... los datos relativos al patrono y empresa que investiga, para que sea registrada y se le emita la orden de trabajo respectiva.” Artículo 14. “Para el trámite de las inscripciones patronales de oficio, el inspector patronal actuante amparado en la fé pública administrativa que le otorga la ley, deberá establecer la información siguiente:....” Artículo 18. “La División de Registro de Patronos y Trabajadores, deberá llevar un registro adicional de todos los patronos inscritos de oficio”.

El Acuerdo número 1002 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento Sobre Protección Relativa a Accidentes” establece en su primer considerando: “ Que el régimen de Seguridad Social debe otorgar a sus afiliados y a los familiares que dependen de ellos, protección en caso de accidente, en la extensión y calidad que dichos beneficios sean compatibles con el mínimo de protección que el interés y la estabilidad social requieran que se les conceda, en armonía con la capacidad financiera del Instituto.” , asimismo en los artículos siguientes consigna:

Artículo 1. “En caso de accidente el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, otorga protección a sus afiliados y a los familiares de éstos, de conformidad con las disposiciones del presente Reglamento. Para el efecto se entiende: Por accidente, toda lesión orgánica o trastorno funcional que sufra una persona, producida por la acción repentina y violenta de una causa externa sea o no con ocasión del trabajo. Por afiliado, la persona individual que mediante un contrato o relación de trabajo presta sus servicios materiales, intelectuales, o de ambos géneros a un patrono formalmente inscrito en el Régimen de Seguridad Social. En esta definición quedan comprendidos los funcionarios y trabajadores del estado, a excepción de aquellos a que se refiere el Acuerdo número 522 de la Junta Directiva”.

El Artículo 3 señala: “En caso de accidente, el Instituto otorga las prestaciones siguientes: a) prestaciones en servicio al afiliado, cuando a la fecha del riesgo mantenga vigente la relación laboral; b) Prestaciones en dinero al afiliado, cuando a la fecha del riesgo mantenga vigente relación laboral y tenga acreditados, por lo menos tres meses o períodos de contribución dentro de los seis meses calendario inmediatamente anteriores al mes en que ocurra el accidente; c) Prestaciones en servicio, al afiliado que se encuentre con licencia sin goce de salario...; d) Prestaciones en servicio a los familiares del afiliado inscritos en los registros del Instituto...”.

El Artículo 4 dice: Para la aplicación del Artículo anterior, por meses acreditados de contribución se entiende los meses en los que el trabajador aparezca reportado en las planillas de seguridad social oficialmente recibidas en el Instituto, aunque no haya trabajado los meses completos, siempre que esté pagada, por lo menos, la contribución de trabajadores correspondiente a esos meses. Lo anterior sin perjuicio del derecho del Instituto a cobrar las demás cuotas que correspondan.” Artículo 5 “..... Asimismo, los patronos están obligados a proporcionar la demás información que el Instituto les solicite para establecer los derechos de sus trabajadores o los de sus familiares. Si un trabajador no recibe prestaciones por causas imputables al patrono, será este quien deberá cubrir las prestaciones respectivas”.

El Artículo 8 indica: “Las actividades de prevención de accidentes,...b) – Vigilancia de los accidentes en general y de sus causas, así como de las enfermedades profesionales. –Vigilancia del saneamiento básico industrial y de los efectos sobre el medio ambiente.....” Artículo 11. Son atribuciones mínimas de las organizaciones de seguridad e higiene en el trabajo..... “..... d) Llevar un registro de los accidentes ocurridos y de sus causas,.... G) Recomendar al patrono que corrija disciplinariamente a los trabajadores que no cumplan las indicaciones sobre seguridad e higiene en el trabajo. y,.....”.

El Artículo 20 estipula: “.... Cuando el trabajador sea autorizado para volver a laborar, el patrono debe restituirlo en su puesto primitivo de trabajo o asignarle una ocupación compatible con su capacidad remanente de trabajo.” Artículo 24. “En caso de reingreso..... En todo caso para que el afiliado tenga derecho a subsidio es requisito que tenga relación laboral vigente a la fecha del reingreso”.

El Artículo 30 consigna: “ En caso de incapacidad permanente por mutilación, daño físico irreparable o trastorno funcional definitivo debido a accidente, el Instituto concede a sus afiliados que cumplan el requisito de contribuciones previas establecido en el inciso b) del Artículo 3, las siguientes unidades de beneficios pecuniarios, que serán pagadas de una sola vez así..... Artículo 33. “Cuando la incapacidad sea parcial se debe aplicar el numeral correspondiente del artículo 30, reduciendo la prestación en dinero en proporción al grado de la incapacidad, la cual debe calificarse en una gradación decimal entre un 20 y 90%”.

El Artículo 40 establece: “Cuando proceda, las prestaciones en dinero que contempla el presente Reglamento deben pagarse directamente al afiliado o a la persona que él designe por escrito, o en acta autorizada por funcionario del Instituto o por medio de mandato.” Artículo 46. “Las contribuciones... están a cargo de patronos, trabajadores y del estado y se computan sobre los salarios mensuales totales, cualesquiera que sean sus denominaciones o hechos generadores,... a) Los

patronos... el 3%..... b) Los trabajadores afiliados, el 1% de su salario y c) El Estado como tal el 1.1/2% del total de salarios de los trabajadores de patronos particulares y de sus propios trabajadores.” Artículo 59. “Es nula ipso jure, toda disposición que se emita en contradicción con lo que dispone este Reglamento y son irrenunciables los beneficios y derechos que el mismo otorga.”

El Acuerdo número 788 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento Sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Supervivencia, en su parte considerativa, segundo párrafo indica: “... promueve y vela por la salud....., ya que uno de sus fines principales es el de compensar, mediante el otorgamiento de prestaciones en dinero, el daño económico resultante de la cesación temporal o definitiva de la actividad laboral; y en los artículos siguientes establece: Artículo 3. “.....Asegurado: La persona que tenga derecho a la protección relativa a invalidez, vejez o supervivencia, de conformidad con las normas contenidas en este Reglamento. Pensión: La prestación en dinero que se paga por mensualidades vencidas al asegurado o al sobreviviente con derecho... Invalidez: Incapacidad permanente del asegurado para procurarse ingresos económicos como asalariado, en las condiciones que los obtenía antes de la ocurrencia del riesgo que la originó.....”.

“Beneficiario: Persona a quien se extiende el derecho en el goce de los beneficios del Régimen de Seguridad Social por razones de parentesco o de dependencia económica con el asegurado. Unidad de Beneficios Pecuniarios: La medida que sirve para establecer las prestaciones en dinero que se deben pagar en caso de incapacidad permanente (prolongada) parcial, total o de muerte, que no tiene relación alguna con el monto del salario devengado por el afiliado, sino con factores cambiantes de orden social tales como el nivel general de salarios, los correspondientes índices de precios y las demás condiciones propias de cada zona económica en que se divide el país.”.

El Artículo 4 indica: “Tiene derecho a pensión de invalidez, el asegurado que reúna las condiciones siguientes: a) Ser declarado inválido.... b) Tener acreditados por lo

menos 36 meses de contribución en los 6 años inmediatamente anteriores al primer día de invalidez, si tiene menos de 45 años de edad 60 meses de contribución en los 9 años inmediatamente anteriores al primer día de invalidez, si tiene 45 a 55 años de edad, 120 meses de contribución ... c) Tener menos de la edad requerida para pensionamiento por vejez.....”.

El Artículo 5 señala: “Para establecer la invalidez y su grado, los servicios de evaluación de incapacidades examinarán al asegurado, así como los antecedentes que figuran en los expedientes e informes relaciones... Tomará en cuenta que para los efectos de la protección por invalidez, se considera inválido al asegurado que se haya incapacitado permanentemente para procurarse mediante un trabajo proporcionado a su vigor físico, a sus capacidades...., la remuneración habitual que percibe en la misma región un trabajador sano, ... Además..... la naturaleza e intensidad de sus deficiencias físicas o psíquicas y otros elementos de juicio que permitan apreciar su capacidad remanente de trabajo”. Artículo 6. “..... Se considera total la invalidez del asegurado que esté incapacitado para obtener una remuneración mayor del 33% de la que percibe habitualmente en la misma región.... Se considera parcial, la invalidez del asegurado cuya incapacidad le permite obtener una remuneración superior al 33% de la habitual citada... sin exceder del 50% de la misma. Se considera gran invalidez cuando el asegurado esté incapacitado para obtener una remuneración y necesite permanentemente la ayuda de otra persona para efectuar los actos de la vida ordinaria”. Artículo 9. “La pensión de invalidez total estará constituida por: a) El 50% de la remuneración base; b) El 0.5% de la remuneración base por cada seis meses de contribución que tenga el asegurado en exceso sobre los primeros 120 meses de contribución, y, c) Una asignación familiar equivalente al 10% del monto calculado según los incisos a) y b) anteriores, por cada una de las cargas familiares..... La pensión de invalidez total no excederá del 80% de la remuneración base”.

El Artículo 11 establece: “La pensión de gran invalidez será igual a la pensión de invalidez total, más un aumento del 25% del monto que resulte... Este aumento no

podrá ser menor de sesenta quetzales (Q 60.00), ni mayor de doscientos cuarenta quetzales (Q 240.00).” Artículo 13. “La pensión de invalidez terminará en caso de que el pensionado recupere su capacidad para el trabajo...”.

El Artículo 15: “En los casos de invalidez de asegurados que a juicio del Instituto sean aptos para desempeñar algún trabajo y sea recomendable que lo desempeñe, el respectivo patrono procurará asignarles un puesto remunerado compatible con su condición física y capacidad remanente de trabajo. Si el patrono no le asigna al asegurado inválido el referido puesto, porque no tiene o no puede disponer de una ocupación compatible..., situación que a solicitud de parte interesada tendrá que ser comprobada por el Instituto, el patrono de que se trate deberá conceder al asegurado la indemnización que contempla el Código de Trabajo”. Artículo 33. “La remuneración base no puede ser mayor de cuatro mil quetzales (Q 4,000.00).” Artículo 36. “ Para los efectos de este artículo, la remuneración base mínima es de trescientos treinta quetzales (Q 330.00), y no es aplicable la remuneración base límite contemplada en el Artículo 33 de este Acuerdo”.

La seguridad social es un derecho humano integrante de los derechos económicos sociales y culturales, tan ampliamente protegidos por la legislación nacional e internacional antes citada y asimismo en Los Acuerdos de Paz fue tema importante la atención y verdadera voluntad política para facilitar el pleno goce de la seguridad social.

El Acuerdo Global Sobre Derechos Humanos, en su numeral romano I, numeral 2, establece: “El Gobierno...continuará impulsando todas aquellas medidas orientadas a promover y perfeccionar las normas y mecanismos de protección de los derechos humanos”.

El Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria en su parte considerativa quinto párrafo consigna: “Que tanto para el aprovechamiento de las potencialidades productivas de la sociedad guatemalteca como para el logro de una

mayor justicia social, es fundamental la participación efectiva de todos los sectores de la sociedad en la solución de sus necesidades y en particular en la definición de las políticas públicas que les conciernen”.

En su numeral romano I, numeral 3 dice: “Además de constituir un factor de democratización, la participación ciudadana en el desarrollo económico y social es indispensable para el fomento de la productividad y del crecimiento económico, para una mayor equidad en la distribución de la riqueza y para la calificación del potencial humanos. Permite asegurar la transparencia de las políticas públicas, su orientación hacia el bien común y no intereses particulares, la protección efectiva de los intereses de los más vulnerables, la eficiencia en la prestación de los servicios y por ende, el desarrollo integral de la persona.

Los numerales 6 y 7 del mismo dicen “Esto supone además de un importante esfuerzo para promover una cultura de la concertación y la capacitación de las organizaciones empresariales, laborales y otras para que aumente su capacidad propositiva y negociadora y puedan asumir efectivamente los derechos y obligaciones inherentes a la participación democrática.” “La concertación social a los niveles nacional, departamental, comunal y de unidades productivas rurales y urbanas es esencial para estimular y estabilizar la dinámica económica social. Las estructuras del estado deben adaptarse para llevar a cabo este papel... en pro de la modernización productiva y de la competitividad, de la promoción del crecimiento económico y de la eficiente prestación universal de servicios sociales básicos”.

En su numeral romano II., numeral 19 (Papel rector del Estado) “a) Aplicar y desarrollar el marco normativo para garantizar la concreción de los derechos sociales y para la prestación de los servicios sociales por medio de entidades públicas y, cuando sea necesario por entidades mixtas o privadas; asimismo deberá supervisar su cabal cumplimiento;” En el inciso c). numeral 24 (Seguridad Social) “La seguridad social constituye un mecanismo de solidaridad humana con el cual se contribuye al bienestar social y se sientan las bases para la estabilidad, el desarrollo económico, la unidad

nacional y la paz. Las partes consideran que deben tomarse medidas correspondientes a efecto de ampliar su cobertura, mejorar sus prestaciones y la amplitud de sus servicios con calidad y eficiencia. a).... c) Fortalecer y garantizar la aplicación de los principios de eficiencia, universalidad, unidad y obligatoriedad, en el funcionamiento del Instituto... g) Crear condiciones que faciliten la incorporación plena de todos los trabajadores a la seguridad social.” En el inciso H. numeral 39 (Protección laboral) “El gobierno se compromete a Pondrá particular énfasis en la aplicación a los trabajadores rurales de la política laboral Una política de protección laboral enérgica..... responde a una exigencia de justicia social”.

El Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo establece en el Artículo 6. “A los efectos del cumplimiento de las partes II, III, IV, V, VIII en lo que se relaciona con la asistencia médica, IX y X de este Convenio, todo Miembro podrá tener en cuenta la protección resultante de aquellos seguros que en virtud de la legislación nacional no sean obligatorios para las personas protegidas, cuando dichos seguros: a) estén controlados por las autoridades públicas o administrados conjuntamente por los empleadores y los trabajadores, de conformidad con normas prescritas; b) cubran una parte apreciable de las personas cuyas ganancias no excedan de las de un trabajador calificado de sexo masculino; c) cumplan, juntamente con las demás formas de protección, cuando fuere apropiado, las disposiciones correspondientes del Convenio”.

Parte III. Prestaciones Monetarias de Enfermedad regula: Artículo 13. “Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar la concesión de prestaciones monetarias de enfermedad a las personas protegidas, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte. Artículo 14. “La contingencia cubierta deberá comprender la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional”.

En su parte VI. Prestaciones en Caso de Accidente del Trabajo y de Enfermedad Profesional regula: Artículo 31 “Todo miembro para el que esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional de conformidad con los artículos siguientes de esta parte”. Artículo 32. “las contingencias cubiertas deberán comprender las siguientes, cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional prescritos: a) estado mórbido; b) incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional; c) pérdida total de la capacidad para ganar o pérdida parcial que exceda de un grado prescrito, cuando sea probable que dicha pérdida total o parcial sea permanente o disminución correspondiente de las facultades físicas; y d) pérdida de medios de existencia sufrida por la viuda o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de familia; en el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de subvenir a sus propias necesidades”.

Artículo 35. “Los departamentos gubernamentales o las instituciones que concedan la asistencia médica deberán cooperar, cuando fuere oportuno, con los servicios generales de reeducación profesional, a fin de readaptar para un trabajo apropiado a las personas de capacidad reducida”. Artículo 38. “Las prestaciones mencionadas en los artículos 34 y 36 deberán concederse durante todo el transcurso de la contingencia; sin embargo, con respecto a la incapacidad para trabajar, la prestación podrá no pagarse por los tres primeros días en cada caso de suspensión de ganancias”.

Artículo 43. “Las prestaciones mencionadas en el artículo 42 deberán garantizarse, por lo menos a las personas protegidas que hayan cumplido, durante un período prescrito, un período de calificación que podrá consistir en tres meses de cotización o de empleo, o en un año de residencia, según se prescriba”.

El convenio antes citado en su Parte XIII. Disposiciones Comunes, regula: Artículo 69. “Una prestación a la cual tendría derecho una persona protegida, si se aplicara cualquiera de las partes III a X del presente Convenio, podrá ser suspendida, en la medida en que pueda ser prescrita: a) tanto tiempo como el interesado no se encuentre en el territorio del Miembro; b) c) d) cuando el interesado haya intentado fraudulentamente obtener una prestación; e) cuando la contingencia haya sido provocada por un crimen o delito cometido por el interesado; f) cuando la contingencia haya sido provocada por una falta intencionada del interesado”.

Artículo 70. “1. Todo solicitante deberá tener derecho a apelar, en caso de que se le niegue la prestación o en caso de queja sobre su calidad o cantidad. 2. Cuando al aplicar el presente Convenio, la administración de la asistencia médica esté confiada a un departamento gubernamental responsable ante un parlamento, el derecho de apelación previsto en el párrafo 1 del presente artículo podrá substituirse por el derecho a hacer examinar por la autoridad competente cualquier reclamación referente a la denegación de asistencia médica o a la calidad de la asistencia médica recibida. 3. Cuando las reclamaciones se lleven ante tribunales especialmente establecidos para tratar de los litigios sobre seguridad social y en ellos estén representadas las personas protegidas, podrá negarse el derecho de apelación”.

Artículo 72. “1. 2. El Miembro deberá asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios que contribuyan a la aplicación del presente Convenio” Artículo 76. “1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio se obliga a incluir en la memoria anual que habrá de presentar sobre la aplicación del Convenio conforme al artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo: a) información completa sobre la legislación que dé efecto a las disposiciones del Convenio; y b) pruebas de haber observado las condiciones estadísticas especificadas en: ...” 2. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio informará al Director General de la Oficina Internacional del trabajo, a intervalos apropiados, conforme lo decida el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y su aplicación en lo que concierne a cada una de las partes II

a X, que no hayan sido especificadas ya en la ratificación del Miembro en cuestión o en una notificación hecha posteriormente, en virtud del artículo 4”.

La ponente considera que existen fundamentos legales, para que el ente administrador de la seguridad social, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que desde su creación, su cobertura se concentra en la clase trabajadora asalariada, asuma la obligación social que le corresponde, de prestar en forma efectiva, eficiente y eficaz, servicios médicos y hospitalarios y luego prestaciones en dinero, a todo trabajador que sufre accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El acaecimiento de una contingencia social afecta la vida del trabajador y de su familia, en forma física, psicológica, moral y patrimonial, se reduce o pierde su capacidad para obtener ingresos, negarle el auxilio en su situación de desamparo, derivada de un riesgo creado por la actividad empresarial en que ejecuta sus labores, va contra lo prescrito en las normas antes citadas la equidad y la justicia y da como resultado una injusticia en el caso concreto, que El Estado está obligado a evitar, pero aún mantiene una actitud pasiva. En estos casos el trabajador generalmente renuncia a plantear cualquier reclamo judicial por falta de recursos económicos para pagar una asesoría legal. Además los inspectores patronales del seguro social tienen fé pública en las actas e informes que faccionen y pueden inscribir de oficio al patrono omiso en esta obligación.

Si aún se considerara insuficiente la normativa citada y lo argumentado, es posible rectificar la forma de aplicar esta justicia estrictamente legal, a través de interpretar e integrar adecuadamente las normas, con fundamento en los principios generales del derecho y los específicos que inspiran la rama del derecho de la seguridad social que tuvo sus orígenes en el derecho del trabajo como previsión social, por lo que también se le pueden aplicar algunos de los principios del derecho de trabajo conforme se indica en este informe y uno de estos es la equidad, conforme el cual sobre la justicia estrictamente legal, fundamentándose en las normas jurídicas se emite una decisión, que al considerarla pueda provocar un resultado manifiestamente injusto

para la persona o perjudicial para el bien común, debe valorarse la equidad para que la justicia prevalezca, a fin de que al aplicarlas a un caso concreto produzcan un resultado congruente con su espíritu, valioso para la sociedad (bien común) y justo para el bienestar del ser humano, el fin de todo ordenamiento jurídico es la justicia y la aspiración máxima de ésta es alcanzar el bien común, la ley debe ser respetada y dar seguridad jurídica que lo que establece se cumplirá.

Conforme al principio de equidad, por ser la seguridad social materia de derechos humanos, no se puede permitir soluciones que produzcan resultados manifiestamente injustos a los casos concretos, ya que las normas reguladoras existen para aplicarlas y si son insuficientes, crear los mecanismos y medidas necesarios para dar soluciones adecuadas con las circunstancias de la realidad. Diversos instrumentos hacen énfasis en el derecho a la seguridad social, pero no es positivo el ejercicio y goce pleno de este derecho, porque se imponen requisitos que lo obstaculizan se da una interpretación restrictiva y no se toman medidas adecuadas para facilitar el acceso.

El riesgo potencial a que se expone el trabajador, se concreta a través de la contingencia social que sufre (accidente laboral o enfermedad profesional), dentro de la actividad económica productiva del patrono, ya sea producción de bienes o prestación de servicios, por lo que las cargas económicas complementarias que le impone esta situación al trabajador, deben ser auxiliadas por el sistema de seguridad social sin excepción y recaer el costo en el empleador omiso de la obligación de afiliarse o aportar las cuotas respectivas, siendo que el trabajador ha sufrido los efectos directos en su humanidad y familia, no es posible que el sistema se confabule para empeorar su situación, queda desamparado y no tiene oportunidad de reclamar, porque si desea hacerlo él mismo debe pagarlo y no cuenta con los recursos para hacerlo ni el Estado se los brinda, entonces es obligación que éste haga cumplir las normas, despliegue las facultades y recursos que posee para crear una forma que facilite al trabajador el goce efectivo de sus derechos a la seguridad social.

En el caso de ocurrir un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el requisito esencial, para gozar de los beneficios de la seguridad social, únicamente debe ser demostrar la calidad de trabajador, conforme lo define el artículo 13 del Acuerdo número 1123 de Junta Directiva, es decir solo demostrar la existencia de una relación laboral dependiente, subordinada a un empleador, para ser trabajador con derecho a recibir los beneficios de la seguridad social; adicionado a esto el artículo 1 del Acuerdo número 1002 de Junta Directiva, considera afiliado a la persona individual que mediante un contrato o relación de trabajo presta sus servicios materiales, intelectuales, o de ambos géneros a un patrono formalmente inscrito en el Régimen de Seguridad Social. El afiliado solo debe prestar sus servicios a un patrono, tener una relación laboral con este; está fuera de su capacidad el poder inscribirse al régimen de seguridad social, tiene que hacerlo a través de un patrono.

Para ser patrono formalmente inscrito al régimen, la obligación de inscribirse a sí mismo y a sus trabajadores, la impone la ley al patrono, a través del Artículo 2 del Acuerdo número 1123 de Junta directiva y el Artículo 31 del mismo Acuerdo que estipulan: “Todo patrono, persona individual o jurídica, que ocupe tres o más trabajadores, está obligado a inscribirse en el Régimen de Seguridad Social.” “Todos los patronos quedan obligados a inscribirse en el Régimen de Seguridad Social, dentro de los treinta (30) días siguientes al mes en que estén obligados a contribuir con el Régimen de Seguridad Social.”

El Acuerdo número 44/2003, “Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Inscripción de Patronos en el Régimen de Seguridad Social” en Artículos 5 y 14 establece: “Con la notificación de la “Resolución de Inscripción Patronal”, pueden realizarse los trámites siguientes: e) Gestionar las “Constancias de Afiliación” (carné) de los trabajadores que no se encuentren inscritos y la reposición de las mismas para quienes no cuenten con ellas”. Artículo 14. “Para el trámite de las inscripciones patronales de oficio, el inspector patronal actuante amparado en la fé pública administrativa que le otorga la ley, deberá establecer la información siguiente:....”. Artículo 18. “La División de Registro de Patronos y Trabajadores, deberá llevar un

registro adicional de todos los patronos inscritos de oficio”. La legislación le impone al patrono la obligación de inscribirse formalmente e inscribir a sus trabajadores, este último no lo puede hacer por sí mismo”.

El Acuerdo número 1002 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento Sobre Protección Relativa a Accidentes” en los Artículos 4 y 5 establece: “... por meses acreditados de contribución se entiende los meses en los que el trabajador aparezca reportado en las planillas de seguridad social oficialmente recibidas en el Instituto, aunque no haya trabajado los meses completos, siempre que esté pagada, por lo menos, la contribución de trabajadores correspondiente a esos meses. Lo anterior sin perjuicio del derecho del Instituto a cobrar las demás cuotas que correspondan”. Artículo 5 “..... Asimismo, los patronos están obligados a proporcionar la demás información que el Instituto les solicite para establecer los derechos de sus trabajadores o los de sus familiares. Si un trabajador no recibe prestaciones por causas imputables al patrono, será este quien deberá cubrir las prestaciones respectivas”.

Un patrono formalmente inscrito que cumple con reportar su planilla respectiva al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, es el medio a través del cual los trabajadores pueden acreditar el pago de la cuota legalmente establecida que se les descuenta, pero si no se recibe oficialmente y paga la cuota descontada a los trabajadores, éste queda desprotegido.

Los Artículos 27 y 33 de la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social establecen: “Todos los habitantes de Guatemala que sean parte activa del proceso de producción de artículos o servicios, están obligados a contribuir al sostenimiento del régimen de seguridad social en proporción a sus ingresos y tienen el derecho de recibir beneficios para sí mismos o para sus familiares que dependan económicamente de ellos, en la extensión y calidad de dichos beneficios que sean compatibles con el mínimo de protección que el interés y la estabilidad sociales requieran que se les otorgue”. “Los reglamentos deben determinar, de acuerdo con

la naturaleza de las diversas clases de beneficios, qué extremos deben probarse y qué condiciones deben llenarse para el efecto de que la concubina y los hijos nacidos fuera de matrimonio perciban dichos beneficios”.

El Artículo 42 del mismo cuerpo legal indica: “Para la correcta y rápida percepción de los ingresos del Instituto, se deben observar estas reglas: Las certificaciones de la Gerencia sobre sumas adeudadas al Instituto, constituyen título ejecutivo, y estas últimas se deben cobrar conforme al procedimiento económico-coactivo, siempre que se trate de cuotas o contribuciones. Los créditos a favor del Instituto tienen el privilegio de créditos de primera clase con preferencia absoluta sobre cualesquiera otros, excepto los que el deudor respectivo tenga a favor de terceros por concepto de salarios, o los que se originen, de acuerdo con los términos y condiciones del Código Civil...”.

El Acuerdo número 1002 de Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento Sobre Protección Relativa a Accidentes” establece en su primer considerando: “ Que el régimen de Seguridad Social debe otorgar a sus afiliados y a los familiares que dependen de ellos, protección en caso de accidente, en la extensión y calidad que dichos beneficios sean compatibles con el mínimo de protección que el interés y la estabilidad social requieran que se les conceda, en armonía con la capacidad financiera del Instituto”.

La Constitución Política de la República en su Artículo 100 establece: “Seguridad social. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en el Artículo 22 estipula: “Toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos

económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la que en su texto inicialmente reconoce: “...Que con arreglo a la declaración universal de los derechos humanos, solo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos, y.....”.

Artículo 24: “Igualdad ante la ley. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Artículo 25: “Desarrollo Progresivo. Los estados partes se comprometen a adoptar providencias tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena actividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y u otros medios apropiados”.

La ponente considera que del texto de las normas específicas antes resumidas, se desprende, que es obligación legal del Estado con la participación de la sociedad, el implementar las medidas, procedimientos o mecanismos adecuados para hacer que la seguridad social, sea un derecho humano positivo, que brinde prestaciones en especie y en dinero, de forma eficiente y eficaz a los trabajadores en relación de dependencia, objetivo de atención principal, para cuya protección fue creado el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, así como crear los procedimientos y mecanismos adecuados y gratuitos para que en caso de negativa de la prestación de los beneficios a los trabajadores, a éstos se les otorguen los medios gratuitos para obtenerlos o reclamarlos legalmente y tener de los órganos jurisdiccionales competentes, una solución basada en la equidad y la justicia, así como en los demás principios que inspiran al derecho del trabajo y de la seguridad social para alcanzar el bien común.

4.3. Obligación del patrono de pagar el servicio médico hospitalario y la pensión respectiva en caso de incapacidad para el trabajo, cuando por su culpa el trabajador no esté afiliado al régimen de seguridad social

Mario Deveali en su libro “Tratado de Derecho del Trabajo” considera que la seguridad social constituye la nota característica del presente siglo en relación a los problemas laborales pues se consignan entre otros derechos de los habitantes, el de la vida y el de la seguridad, estos adquieren en el presente un significado de amplia proyección tal como surge de las declaraciones internacionales que han concretado el nuevo planteo de la seguridad social y dentro de las cuales ha adquirido especial gravitación la declaración de la I Conferencia Interamericana de Seguridad Social de Chile en 1942, expresando “La libertad y la dignidad son atributos esenciales e inalienables de la personalidad humana” y que para gozar plenamente de ellos “Todo hombre y mujer deben estar biológica y económicamente protegidos frente a los riesgos sociales y profesionales, en función de una solidaridad organizada” principios que concuerdan con las declaraciones constitucionales que han incorporado en su texto, como lo ha hecho la República de Argentina, entre los nuevos derechos de carácter constitucional, el de la seguridad social.

La ponente considera que en nuestro país conforme la legislación interna vigente, las funciones públicas relacionadas a la gestión y otorgamiento de las prestaciones para auxiliar al individuo en caso de sufrir una contingencia, por accidente o enfermedad, están asignadas por parte del Estado a cargo del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, entidad autónoma, de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad, mecanismo de protección concebido dentro del ámbito del derecho del trabajo, con un enfoque previsional para asegurar a los trabajadores asalariados en relación de dependencia con un empleador.

Para poder tener acceso a estos beneficios, el asegurado o sus beneficiarios, deben cumplir previamente ciertos requisitos, los que no dependen propiamente de la voluntad del beneficiario (trabajador), pues la primera gestión para poder integrar el

régimen de seguridad social corresponde al patrono al tener tres o más trabajadores y si su actividad económica es del transporte al emplear un solo trabajador estará obligado a inscribirse.

Al inscribirse ante el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, con esta gestión asumen la calidad patronal, lo que no considero acertado, ya que la calidad patronal está dada, pues se deriva de contratar los servicios en relación de dependencia o de la simple existencia de la relación laboral con una persona, a quien se le imponen condiciones, que son los elementos que configuran la existencia de tal relación, como horario establecido, realizar el trabajo conforme determinadas instrucciones y la disponibilidad a las órdenes del empleador durante el tiempo contratado, en relación de dependencia y por cuenta ajena a cambio de una retribución o salario, beneficiándose del resultado de tal actividad el patrono.

Aquella persona que presta sus servicios en relación de dependencia, en el lapso del desarrollo de sus actividades, en el centro de trabajo o fuera de él, en su jornada de trabajo o aún antes o después, pero realizando labores o diligencias, al servicio de su empleador, cuyo resultado a este beneficiará en mucho mayor proporción, también queda expuesta a sufrir el acontecimiento de una contingencia, riesgo creado, no por circunstancias voluntarias propias, sino derivado de la necesaria realización del trabajo, puesto que si no fuera por el cumplimiento de esa obligación contraída, no se habría estado en el lugar determinado al momento de darse la contingencia, por lo que no es razonable, ni legalmente procedente y menos apegado a la equidad, la justicia y la solidaridad, que se le deje sin protección al trabajador, por el hecho de no estar afiliado o no cumplir con el número de cotizaciones necesarias, ya que tales obligaciones fueron impuestas por la ley al patrono y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social debiera hacer efectivos sus mecanismos de fiscalización patronal al respecto a través de sus inspectores patronales, ya que se limita a negar el auxilio en prestación de atención médica y hospitalaria.

Es el empleador el que debe necesariamente inscribirse y luego esto le faculta para afiliarse a sus trabajadores, solo a través de él puede el trabajador llegar a ser afiliado, nuestro régimen no permite que el beneficiario pueda hacerlo por sí mismo, luego el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, aunque tiene una División de Inspección, con inspectores patronales, podría no contar con los diversos recursos para poder fiscalizar, entonces el trabajador tiene de hecho y legalmente impuesta por los requisitos que se le exigen previamente, una limitación para poder gozar plena y efectivamente de los derechos que como garantía constitucional en materia de seguridad social le corresponden, por ser una persona que desempeña una actividad productiva en beneficio de un empleador, su fuerza de trabajo también aporta a la economía en general.

En concordancia con lo anterior el espíritu del artículo 100 de la Constitución Política de la República de Guatemala al reconocer y garantizar el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la nación y concretamente para los trabajadores en relación de dependencia, como función pública, implica que para que sea una norma positiva, se tomen las medidas y establezcan los procedimientos adecuados para que a causa de la omisión del patrono con el cumplimiento de sus obligaciones relacionadas, el trabajador no sea afectado negativamente en el goce de los derechos a la seguridad social que constitucionalmente le corresponden. El trabajador queda abandonado en su situación de necesidad y tiene que afrontar además de haber sufrido una lesión o daño, cualquiera fuera su origen, la carencia de servicios médicos y hospitalarios, así como de terapias adecuadas para su rehabilitación, pero que en nuestro análisis tiene el agravante que este resultado fue consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.

La legislación del país, otorga las mismas prestaciones o beneficios que si fueran de tipo común, en los casos de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y aún no existen perspectivas para que se apliquen procedimientos de clasificación definidos que permitan a futuro mejores prestaciones a los trabajadores que sufren

infortunios del trabajo, considerando que existen sectores productivos que son más riesgosos, en los que se dan accidentes de trabajo más frecuentemente y por ello el elemento humano debiera tener mejor protección en cuanto a condiciones de trabajo, prevención servicios de salud, prestaciones económicas y sociales y luego podría preverse una extensión de la cobertura a otros grupos activos que contribuyen a la economía nacional, lo cual ya hubo recientemente un pequeño avance, al facilitar cobertura a las trabajadoras de casa particular, lo cierto es que los trabajadores tienen como único medio lícito de obtener ingresos su fuerza de trabajo, que por lo mismo sus condiciones económicas son limitadas, no pueden por lo tanto tener excedentes de ahorro, ni siquiera para necesidades personales o familiares esenciales.

Al sufrir una lesión o daño que los incapacite para el trabajo, les es inicialmente imposible poder sufragar los gastos médicos y hospitalarios de una prolongada recuperación y si quedan incapacitados laboralmente, terapias de rehabilitación, no solo su presente es de miseria, sino también esos efectos trascienden hasta su vida futura, pues al no tener acceso a estos servicios, constitucionalmente garantizados, la desprotección previsional del presente, provoca riesgo y desesperanza en las condiciones de su vida futura y de su familia.

Para promover la actividad del régimen previsional guatemalteco, en el cual es el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social el ente gestor, basta con que se pruebe la existencia de la relación laboral, el accidente de trabajo o enfermedad profesional y el daño o lesión sufridos por el hecho o con ocasión del trabajo, sin cumplir otros requisitos previos, pues está legalmente establecida la obligación para el empleador, quien inicialmente debe inscribirse para asumir la calidad patronal, al notificarle la resolución de inscripción patronal respectiva, puede tramitar la inscripción de los trabajadores aún no afiliados y pagar la contribución patronal y la de los trabajadores afiliados, reportándolos en la planilla de seguridad social respectiva, pero si no lo realiza, aunque exista una prestación de servicios que reúna los elementos

de una relación laboral, no podrá el trabajador tener acceso a los servicios y prestaciones de la seguridad social.

Esta forma como actualmente el ente gestor regula el procedimiento de afiliación de los trabajadores, no les permite realizar por sí mismos los actos previos para que esa garantía constitucional de la seguridad social sea una realidad, sobre todo porque solo su humanidad física e incorpórea, así como su familia es la que sufrirá los efectos del infortunio, soportará el impacto súbito y violento de la fuerza exterior provocadora del accidente o el proceso desencadenante de la enfermedad, el dolor de las lesiones, el daño y la disminución o pérdida de sus ingresos así como otros aspectos psicológicos, emocionales y familiares, al quedar incapacitado para el trabajo, la necesidad, la miseria.

En la actualidad, la imperatividad, tutelaridad, realidad, equidad y justicia, principios inspiradores del derecho del trabajo, donde surge la previsión social en el país y ahora en otras sociedades evolucionada hacia una verdadera seguridad social solidaria, no son una realidad que brinde protección preferente, pues se deja en el desamparo al trabajador en estado de necesidad, por los requisitos que las normas jurídicas imponen y la falta de atención del Estado para tomar medidas y crear mecanismos facilitadores para gozar de ese derecho de protección social garantizado constitucionalmente. Por una omisión del patrono, quien no inscribe a sus trabajadores al régimen y no paga las cotizaciones correspondientes de ambos obligados a contribuir (patrono y trabajador), las que en algunos caso sí descuenta del salario y no son trasladadas al ente gestor, no está aportando la parte que como patrono le corresponde para asegurar al trabajador ante los riesgos a que él está expuesto y además está obteniendo un enriquecimiento ilícito, situación que solo perjudica al trabajador que no puede ser beneficiario.

Con este panorama resulta más difícil que paulatinamente, en un tiempo próximo se den las condiciones necesarias que tiendan a alcanzar una cobertura más amplia y verdaderamente efectiva, primero para todos los trabajadores y luego hacia otros

sectores de la población, con la nueva concepción de auxilio en caso de necesidad, que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la Organización Internacional del Trabajo y la Constitución Política de la República se plantean como finalidad, como lo es la seguridad social que pretende extenderse a todos los individuos en estado de necesidad. La situación actual no propicia condiciones para que la brecha de desigualdad se atenúe, en aras de una mayor estabilidad social, desarrollo económico social y paz, basada en lo que algunos tratadistas consideran los principios del derecho de la seguridad social, solidaridad, subsidiariedad, inmediatez, irrenunciabilidad, igualdad, universalidad, integralidad, unidad de gestión y participación de los interesados.

De la exposición anterior la ponente considera que para que la garantía constitucional en materia de seguridad social sea una norma positiva, es necesario el revisar y evaluar la legislación vigente y la forma como actualmente el ente gestor las interpreta y decide sobre el acceso de los trabajadores a los servicios y prestaciones de la previsión social, para que éste por los riesgos a que está expuesto, luego de sufrir una contingencia, especialmente un infortunio del trabajo no quede desamparado y en vista que es una función pública, corresponde al Estado como ente garante, depositario de la voluntad de la sociedad y ejecutor de sus aspiraciones, promover que el régimen de seguridad social sea más solidario y elabore procedimientos adecuados a través de la regulación idónea conforme lo ha venido estableciendo con Acuerdos de Junta Directiva, para que las prácticas de incumplimiento de la normativa de previsión social, no quede impune.

Por su omisión a patrono le corresponde la obligación de pagar los servicios médicos, hospitalarios y en su caso la pensión que corresponda e indemnización al quedar el trabajador incapacitado para el trabajo por ser él a quien la legislación respectiva le impone la obligación de inscribirse al régimen de previsión social y tramitar la inscripción de trabajadores no afiliados, así como descontar y trasladar las cotizaciones correspondientes; pero con una visión aún civilista, si el trabajador pierde un miembro principal y queda incapacitado de manera total y permanente para

el trabajo o muere, sus beneficiarios si pudieran tener los medios económicos para reclamar, deben demostrar que el patrono incurrió en los supuestos del artículo 197 “bis” del Código de Trabajo, cuestión difícil para el trabajador, para recibir una indemnización de monto muy bajo, en este caso, considero debe ser el patrono el que demuestre que no ocurrió conforme se argumenta por el demandante.

Los trabajadores no tienen una amplia información acerca de las diversas prestaciones o beneficios que se les puede otorgar, en servicios médicos y hospitalarios, que en algunos casos por gozar de buena salud no los requerirán, también se otorgan pensiones, sobre todo en el caso de sufrir un accidente o enfermedad profesional, que los incapacite laboralmente.

Prestan sus servicios, en los sectores de mayor riesgo y son pocas las empresas que poseen, una aplicación integral y adecuada de medidas preventivas y de protección contra riesgos en materia de higiene y seguridad ocupacional, por el riesgo cotidiano que observan en el desempeño diario de sus actividades laborales, sí están conscientes que podrían enfrentar en un determinado momento una contingencia mayor.

El riesgo es algo potencial a lo que todos estamos expuestos, pero cuando se concreta (contingencia), si las causas que lo provocan son por el hecho o con ocasión del trabajo, es lamentable además de ilegal que su patrono no haya tomado las medidas preventivas adecuadas y ni siquiera haber cumplido las obligaciones que la ley le impone como asegurador de sus trabajadores. El patrono obtiene un beneficio de la actividad laboral para la organización empresarial, los efectos de la contingencia no debe soportarlos solo el trabajador, sino el empresario también, por ser el creador del riesgo necesario para el progreso económico, en base a lo cual la ley también le obliga a asegurar a sus trabajadores, por lo que el ente gestor de la seguridad social debe prestar los servicios médicos, hospitalarios y la pensión que correspondiere por incapacidad, debiendo ser el único requisito que se demuestre la existencia de una relación laboral y el daño sufrido.

Los gastos erogados por la atención médica y hospitalaria, las costas procesales e intereses, debe pagarlas el patrono omiso en la obligación de afiliar y aportar las cuotas de sus trabajadores, pues no es justo que estos sean absorbidos por los patronos que sí cumplen con sus obligaciones de aportar al régimen de previsión social y menos que el trabajador por omisión del patrono afronte los efectos de una contingencia o infortunio, que lo sitúa en estado de necesidad y miseria con un futuro incierto. La incapacidad para el trabajo, tiene como consecuencia disminución o pérdida de su capacidad laboral para obtener ingresos que le permitan subsistir junto a los miembros de su familia que dependan económicamente de él.

Considera la ponente se debiera regular la obligación de enterar a los trabajadores de la situación en que se encuentran en cuanto a su afiliación y pago de cotizaciones al seguro social, es un derecho inherente el estar informados, pues ellos soportarán personalmente los efectos físicos, económicos y sociales negativos, de cualquier contingencia que pudiera ocurrirles en el desempeño de sus labores, el seguro social directamente debiera notificarles y entregarles la constancia de su afiliación y anualmente un reporte de las cotizaciones que les aparecen registradas a su favor.

La norma existe en el país, pero al trabajador se le niega la asistencia social por parte del seguro social, por no cumplir con los requisitos previos que éste ha impuesto, los que deben desaparecer, no se han establecido procedimientos y mecanismos adecuados y rápidos necesarios para que el derecho a la seguridad social sea efectivo. Actualmente el trabajador si se anima a plantear un reclamo contra el seguro social, que no fiscalizó el cumplimiento de la obligación del empleador, debe demandar a través de un proceso ordinario y la asesoría que necesita debe pagarla él mismo, pero generalmente no puede hacerlo.

No es posible plantear una reclamación, tienen los trabajadores que renunciar a los derechos a la seguridad social, por no poder sufragar los gastos que una asesoría legal implican para el planteamiento y sustanciación de un proceso legal, que

actualmente es prolongado en la vía ordinaria. Si no se facilita por parte del Estado y el ente gestor el pleno goce del derecho a la seguridad social, brindado los servicios médicos y hospitalarios así como terapias de rehabilitación para los trabajadores que sufren accidente de trabajo o enfermedad profesional e implementar mecanismos para el cobro de los gastos en que incurra al patrono omiso de la obligación, así como procedimientos rápidos y gratuitos para reclamo de su cumplimiento, aunque esté reconocido en la norma constitucional y demás normas y convenio internacional, no es una norma positiva.

Que no haya pleno ejercicio de este derecho, no es útil para el sector de trabajadores, especialmente para los afectados con contingencias a quienes se les ha negado y negará la prestación de atención médica y hospitalaria.

4.4. Constitución de título ejecutivo

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, se orienta al cumplimiento de las funciones en materia de seguridad social delegadas constitucionalmente, a través de su Ley Orgánica y los diversos Acuerdos de Junta Directiva que ha creado para mejorar la aplicación e interpretación de la normativa relacionada, así como el otorgamiento de prestaciones ya sea en especie o dinero.

El artículo 100 de la Constitución Política de la República establece el derecho a la seguridad social como una garantía constitucional, esta norma le asigna al Estado la obligación de ser garante de su efectivo cumplimiento. Por lo que la ponente considera que además de la existencia del órgano gestor delegado, debe el Estado garante, preocuparse también porque ese derecho constitucionalmente reconocido, sea efectivamente ejercido, sin limitaciones de hecho ni de derecho.

Lo que se espera son facilidades en la práctica para el goce de un derecho reconocido legalmente, no puede el acceso ser restrictivo, imponiéndose requisitos que obstaculicen su pleno goce e inexistencia de mecanismos gratuitos para el

reclamo ante la negativa de brindar las prestaciones. Efectivamente, el Estado debe tomar decisiones adecuadas, crear y regular las condiciones y mecanismos, que le permitan a todos los trabajadores, en relación de dependencia, gozar los beneficios que se regulan en las normas, por ser un aseguramiento obligatorio y contributivo impuesto a patronos y trabajadores, al que estos últimos no pueden acceder por sí mismos sino solo a través de un empleador.

Muchas veces el empleador evade la obligación legal impuesta, no afilia, ni descuenta, la cuota correspondiente a sus trabajadores, para no aportar la que debe como empleador con lo cual ahorra un 12.67% del total de salarios que paga y aún se dan casos en que sí lo descuenta, pero no lo reporta al seguro social, obteniendo con ello un enriquecimiento ilícito. Con esa omisión queda desprotegido el trabajador a causa del sujeto obligado y al momento de darse la contingencia y necesitar el auxilio le es negado por el ente gestor, no obstante, existe una relación laboral, la que debe demostrarse y ser el requisito base para otorgar las prestaciones o beneficios, el ente gestor luego deberá repetir contra el sujeto obligado que omitió realizar la inscripción de inscribirse, afiliar, descontar la cuota correspondiente a los trabajadores y aportar además la propia como empleador, lo que le fue impuesto por la norma al tener a su servicio recursos humano en relación de dependencia.

La negativa de prestación de servicios médicos y hospitalarios es grave cuando el estado de necesidad se deriva de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no debe ser el trabajador quien soporte las consecuencias, pues ha sufrido la contingencia, se encuentra en estado de necesidad, pudiera quedar incapacitado en forma parcial o total, temporalmente o permanentemente, sino debe serlo el evasor, que ha omitido el cumplimiento de su obligación.

Se le concede quedar libre de toda responsabilidad económica al patrono omiso, frente al infortunio del trabajador, que soporta todos los efectos, la norma pretende la justicia, pero no se promueven condiciones o mecanismos que la hagan realidad.

Si el trabajador desea reclamar el cumplimiento de su derecho a la seguridad social, debe hacerlo a través de un proceso ordinario, promovido en contra del ente gestor, el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, pero como va a iniciarlo sin recursos económicos, si no existe un ente que por ley le preste asesoría gratuita y las probabilidades de éxito son pocas. En el transcurso del proceso vía ordinaria en primera instancia y en las posteriores, en caso de impugnación del demandado, proceso que se vuelve inaccesible y muy prolongado, para el trabajador que espera auxilio y protección.

El trabajador está consciente del derecho que la norma le otorga de gozar de los beneficios de la seguridad social, constitucionalmente reconocido, especialmente por haber sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero debe olvidarlo, aunque sea un derecho irrenunciable, no obstante lo necesita, pero no cuenta con los medios necesarios para reclamarlo, ni el Estado ha tomado medidas para crear condiciones y mecanismos que le permitan hacerlo, a través de un procedimiento rápido y gratuito, estas circunstancias de hecho además de la omisión inicial, excluye del goce de ese derecho y de la posibilidad de reclamarlo a algunos trabajadores, solo se queda en la norma.

Es necesario que las circunstancias cambien, para mejorar las condiciones del trabajo en relación de dependencia y que el derecho de la seguridad social constitucionalmente reconocido en el artículo 100 de la Constitución Política de la República sea efectivo, garantizando el goce de sus beneficios a todos los sujetos protegidos contemplados en la norma, por el solo hecho de la prestación de los servicios personales a cambio de un salario de cuyo resultado se beneficia el empleador, quien ha creado el riesgo potencial, derivado de la actividad productiva que explota. Es una obligación constitucional, acorde a la equidad y la justicia social que el empleador responda de los efectos, daños y perjuicios en la persona del trabajador, pues los demás empleadores que sí cumplen con sus obligaciones a través del seguro social, no deben soportar tales cargas.

Considera la ponente que el ente gestor de la seguridad social, por ser un derecho constitucionalmente otorgado en el artículo 100 de la Constitución Política de la República, los presupuestos legales, fácticos, las circunstancias de hecho y la reiterativa normativa internacional antes relacionadas, está obligado a prestar los servicios médicos y hospitalarios a el trabajador en relación de dependencia, que ha sufrido de accidente laboral o enfermedad profesional para que éste no quede desamparado en su situación de necesidad al ocurrir el acaecimiento de una contingencia, con el solo hecho de demostrar la existencia de la relación laboral.

Debiera regularse a través de un Acuerdo de Junta Directiva un procedimiento adecuado que evite la exclusión del goce de los servicios a los trabajadores afectados por accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuyo patrono omitió afiliarlos o aportar las cuota correspondientes, así como la constitución de un título ejecutivo que facilite el cobro de los gastos al patrono omiso, no debe soslayar la prestación de servicios el ente gestor, ni asumir los gastos junto a los empleadores que sí cumplen, mucho menos el trabajador.

El requisito que se debería exigir, para brindar la prestación de los servicios médicos u hospitalarios de forma completa, no solo la emergencia, a un trabajador, que sufre accidente de trabajo o enfermedad profesional, que no aparece afiliado o con insuficientes cotizaciones a las exigidas sería:

- a) Comprobación de la relación laboral, podría ser esto a través de cualquier documentación que lo vincule con el empleador determinado, si la posee, copia de las constancias de pago de salarios o de prestaciones realizadas a los trabajadores, cualquier tipo de indicio documental;
- b) Cualquier persona o institución debe dar denuncia, incluso anónimamente, las instituciones hospitalarias y de bomberos deben dejar constancia en sus registros de los auxilios prestados a personas que se sospecha han sufrido un accidente de trabajo.

c) La autoridad por cualquier medio que se haga la denuncia deberá ordenar que dentro de un plazo de cinco días se realice una visita por dos inspectores de trabajo y uno del seguro social, quienes se apersonarán al centro de trabajo del empleador, entrevistar al patrono o su representante y a quienes consideren para que mediante acta recaben datos del afectado, específicamente de la relación laboral y de los hechos sucedidos y las circunstancias del caso, auxiliándose de cualquier medio legalmente permitido para presumir la calidad de trabajador del afectado. En el texto de la misma se deberá notificar y dar audiencia al empleador para que se pronuncie al respecto dentro del plazo de dos días.

El acta que contenga la información relacionada y el pronunciamiento o no del empleador, servirá como fundamento para emitir la resolución correspondiente por parte de la Inspección General de Trabajo dentro del plazo de cinco días a partir de vencido el plazo del pronunciamiento, en la que se presume la calidad de trabajador del afectado, debiendo notificarse al interesado y al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, luego debe iniciarse el procedimiento incidental ante Juez que en estricta observancia de los plazos fijados por ley, deberá declarar la calidad de trabajador y ordenará al seguro social que brinde las prestaciones que por ley le corresponden y asuma el costo de las ya prestadas por otra institución pública o privada.

d) Las resoluciones junto a la liquidación respectiva que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social determine mediante certificación (Gerencia), constituirá título ejecutivo para posteriormente repetir contra el patrono omiso y requerirle el pago de los gastos médicos y hospitalarios en que haya incurrido el seguro social. La liquidación se notificará al empleador, requiriéndole de pago e indicándole que en caso de insolvencia, se promoverá judicialmente el cobro correspondiente en la vía ejecutiva laboral.

4.5. Procedimiento para el cobro de los gastos en que incurra el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social cuando atienda a un trabajador por causa de enfermedad profesional o accidente laboral y este no esté afiliado por culpa del patrono.

Considero el procedimiento para el cobro de los gastos en que incurra el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social al prestar servicios médicos y hospitalarios a trabajadores que han sufrido enfermedad profesional o accidente laboral, es el proceso ejecutivo regulado en el Código de Trabajo.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, notificará al empleador omiso del monto de la liquidación y requerimiento de pago, apercibiéndole que se deberá hacer efectivo en un plazo de diez días; si el pago no se realiza, dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo, deberá presentarse la demanda ante los Juzgados de Trabajo, solicitándose además el pago de intereses y gastos procesales, acompañando la resolución judicial declarativa de calidad de trabajador del afectado demás documentación pertinente y la liquidación de los gastos en que se incurrió junto a otras pruebas. El órgano jurisdiccional, procederá conforme lo regulado en los artículos 426 al 428 del Código de Trabajo.

4.6. Incidencias sociales, económicas y culturales para el trabajador

El trabajador como un ser humano individualmente considerado, en la prestación de los servicios, está constantemente expuesto a cualquier riesgo al ejecutar sus labores al servicio de un empleador a cambio de un salario, contraprestación que le concede a éste el derecho de apropiarse del resultado de su esfuerzo, ese trabajo beneficia directamente al empleador y a la economía en general, al ocurrir una contingencia, que provoque en la humanidad del trabajador, un daño físico o material, sus consecuencias deben ser resarcidas por aquel en cuyo beneficio se producen los bienes y servicios. Por esta y otras causas, no debe eximirse al empleador del cumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad social,

cuando existe el agravante de su omisión, en afiliar o reportar las cuotas respectivas, con lo que obtiene un ahorro y se apropia indebidamente de las cuotas que descuenta a sus trabajadores.

El avance de la ciencia y la tecnología ha permitido formas de producción, cada vez más complejas, con uso de maquinaria sofisticada y la consecuente elevación de resultados en los niveles de producción, pero paralelamente este progreso productivo en beneficio del empleador, también crea mayor exposición al riesgo para los trabajadores, especialmente en determinadas actividades empresariales, no obstante la fuerza de trabajo es un factor indispensable en el proceso productivo y es un medio de superación personal y social, el ente gestor, el empleador y el Estado principalmente tienen la obligación de brindarle auxilio a aquel que con su trabajo honrado contribuye a la economía, cuando las consecuencias dañosas y perjudiciales derivadas de ese riesgo potencial se concreticen en la realidad, ocurriéndole la temida contingencia, llamados acertadamente “infortunios del trabajo” por el maestro argentino, Mariano R. Tissenbaum.

La Constitución Política de la República en su artículo 100, establece la seguridad social como un derecho para los habitantes de la nación y para el efecto se crea como ente gestor de esta al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Se establecen legalmente su estructura, funcionamiento, así como sus funciones y atribuciones a desempeñar y las prestaciones que brindará.

Entre los inconvenientes que afronta el trabajador, podría mencionar entre otros:

- a) El ente gestor para brindar las prestaciones establecidas, ya sea en servicio o en especie requiere previamente la existencia de formalismos y requisitos establecidos, estar afiliado y con un número de cotizaciones para tener derecho a recibir los beneficios, en caso de no reunirlos, se le niegan al trabajador.

- b) La negativa de brindar prestaciones en servicios y en dinero por parte del ente gestor, ya sea por falta de afiliación o falta de cotizaciones al día a favor de los beneficiarios es frecuente, pero invisible, por lo que no se le ha dado atención. No es posible establecer exactamente el porcentaje de trabajadores afectados por esta desprotección, lo que hace que no se le dé la importancia y atención debidas, principalmente por los obligados, situación que afecta profundamente a los trabajadores y permite que algunos empleadores continúen sin cumplir con sus obligaciones.
- c) El trabajador tiene obstáculos, para por sí mismo acceder a los beneficios de la seguridad social, pues solo puede hacerlo a través de un empleador que le afilie y reporte las cuotas patronal y de los trabajadores correspondientes, en caso de omisión del empleador de su obligación, el trabajador queda desamparado.
- d) El trabajador que ha sufrido un infortunio del trabajo y se le niegan las prestaciones por el ente gestor, hasta el momento no tiene a su disposición mecanismos ágiles y gratuitos de ningún tipo para poder reclamar sus derechos, por lo que el Estado, tiene la obligación de regularlos a través del ente gestor o dentro de las funciones estatales que le son inherentes, por ser la seguridad social una garantía constitucional para todos los trabajadores, pues si no existen los medios reales para alcanzar algo que éste garantiza, se queda solo en el texto de la norma la existencia del derecho, pues actualmente: No existe regulación que establezca un procedimiento rápido para poder plantear su reclamo; No existe un servicio gratuito de asesoría legal para plantear su demanda en la vía ordinaria actualmente; No existe una sanción adecuada en el caso de omisión del empleador en afiliar o reportar las cuotas correspondientes, lo que le beneficia con ahorro y apropiación indebida de la cuota de los trabajadores.

Es deber del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador en materia de seguridad social, ya que solo a través de este, puede tener acceso el trabajador a los beneficios correlativos.

Durante el período de prueba existe la mala práctica de los empleadores, de no inscribir y afiliar a sus trabajadores y no realizar los descuentos legales de cuotas para el seguro social, no tendrán acceso a los beneficios de la seguridad y luego simplemente se dará por terminada la relación laboral.

Además de los trabajadores que no son afiliados al seguro social, no tienen acceso a la seguridad social su familia, siendo más afectados los menores. Al sufrir una contingencia, tiene que prestar dinero para atenderla, quedando deudor de una obligación, si queda incapacitado, esto reduce o imposibilita el poder obtener ingresos para sí y para cubrir o por lo menos contribuir a los gastos básicos de su familia, en alimentación, vestido, habitación, educación y salud.

El trabajador se ve afectado en varios aspectos de su vida y desarrollo personal y familiar:

- a) Económicamente porque, la contingencia sufrida, le causa problemas de salud, teniendo que sufragar por sí mismo los gastos para su tratamiento; le puede causar una incapacidad temporal o permanente; le limita o hace perder la capacidad para obtener ingresos; no podrá desempeñarse en un trabajo en las mismas condiciones anteriores a sufrir la contingencia, lo que disminuirá sus ingresos. Su familia también será afectada, pues no podrá continuar con las condiciones normales de vida anteriores a que perdiera su capacidad para obtener ingresos.
- b) El trabajador se ve afectado psicológicamente, porque: Está constantemente expuesto al riesgo potencial de que suceda la contingencia; repentinamente se encuentra enfrentando la situación de un infortunio del trabajo, lo que le ubicará en condición vulnerable, incluso de desamparo, en lo personal, dentro de su familia y la sociedad; aunque cuenta con la esperanza que, como ese derecho el estado lo ha reconocido constitucionalmente, a través de una norma, compromete y obliga al Estado que cree los mecanismos y medidas adecuados

para facilitar el pleno ejercicio y goce de este derecho, luego al ente gestor de la seguridad social y por último al patrono. No obstante, está solo, porque al serle negado, no cuenta con facilidades para reclamarlo; El Estado como garante no ha regulado lo correspondiente para el pleno goce del derecho fundamental a la seguridad social, que es garantía constitucional de los habitantes de la nación; el empleador omite sus obligaciones y las consecuencias a éste no le afectan directamente de manera importante y el trabajador no puede hacer nada por sí mismo para evitarlo, este es un problema al que el seguro social no ha prestado la atención debida y queda invisible.

c) El trabajador se ve afectado socialmente, porque el trabajo es una función y deber social, a través del cual se dignifica la persona, pero el ente gestor de la seguridad social simplemente le dirá que no le brinda los servicios y prestaciones para auxiliarlo por la contingencia ocurrida, por no cumplir con los requisitos previos para tener derecho, pero esto no está dentro del alcance de los actos del trabajador, es el patrono el que debe afiliarlo, y por esa omisión ajena, es él quien sufrirá las consecuencias y quedará en el desamparo al negársele la protección social que la ley le garantiza constitucionalmente.

d) A nivel familiar se sentirá desplazado e inútil por no poder aportar económicamente, al no obtener y desempeñarse adecuadamente en su trabajo para obtener ingresos, esto afectará la percepción de sí mismo y la que los demás tienen de él. La familia afrontará una situación difícil al no poder continuar el desenvolvimiento de sus vidas de la misma manera, teniendo que tomar decisiones para adecuarse a las consecuencias de la contingencia, ante el accidente de trabajo sufrido por uno de sus miembros del cual dependían.

Considero los derechos y garantías mínimas fundamentales no pueden ser interpretados en sentido restrictivo, pues fueron regulados con el fin que el mayor número de personas posible goce positivamente de estos, para lo que es necesario no imponer requisitos formalistas, lo que es acorde con la tutelaridad, realidad, equidad y justicia social. El accidente de trabajo o enfermedad profesional, es un

riesgo potencial al que se está expuesto constantemente, este fue creado por la actividad económica que explota el patrono en su empresa, quien se beneficia de la producción, el trabajador contribuye al desarrollo de la organización empresarial al prestar sus servicios en relación de dependencia a cambio de un salario, por el cual también se expone, por lo que si no se afilia y paga las cotizaciones correspondientes al seguro social, el salario está incompleto y se considera de poco valor la integridad física y la vida del trabajador, su seguridad viene a serle indiferente al patrono, no obstante que por el hecho o con ocasión del trabajo que realiza, sufrió un accidente o enfermedad, lo que es un infortunio.

.

El seguro social después de haberse disuelto la relación laboral anterior, si se cotizó y está al día en las cuotas patronales y de los trabajadores, solo da cobertura por un período de tres meses, luego de los cuales está desamparado el trabajador y en nuestro país es alto el nivel de desempleo, lo que se ha agravado actualmente por el proceso de globalización del mercado de mercancías.

El trabajador desempleado no tiene ahorros que le permitan afrontar una situación eventual, está desempleado, no tiene ingresos ni la perspectiva de obtenerlos a corto plazo, para cubrir sus necesidades básicas normales y de su familia, aún no tiene problemas de salud y continúa buscando un trabajo, y empleándose en lo que puede para obtener ingresos, pero si se da una contingencia, empeorará su grave situación, porque lleva algún tiempo sin ingresos estables y continuos, además que no tendrá servicios médicos ni hospitalarios.

Sin embargo el Estado, los empleadores, el ente gestor de la seguridad social y la sociedad en general, parece aún no comprender los efectos que afrontar una situación semejante puede ocasionar al ser humano que la vive, algo que es frecuente, pero no se percibe, por la indiferencia con que se atiende este problema, que es aún invisible, ni siquiera hay datos estadísticos al respecto. No obstante la normativa jurídica impone una responsabilidad legal y social delegada a cada uno

de aquellos, en su esfera de atribuciones y desenvolvimiento diario, en cuanto a crear las condiciones y facilidades para accionar y reclamar su cumplimiento.

En conclusión considero los trabajadores que sufren accidente de trabajo o enfermedad profesional, deben ser atendidos por el ente gestor de la seguridad social, si las condiciones legales impuestas, para brindar las prestaciones, ya no digamos una pensión, no se reúnen, quien en definitiva no debe soportar solitariamente las consecuencias dejándolo en situación de desamparo, sería el trabajador. Lo anterior porque su derecho a la seguridad social está reconocido constitucionalmente en el artículo 100 de la Constitución política de la república y la normativa específica le asigna al empleador la obligación que solo a través de éste, puede el trabajador ser inscrito en el régimen de seguridad social, además el riesgo es creado por su actividad empresarial, entonces no es posible que el trabajador sufra en solitario las consecuencias derivadas de la omisión de inscribirlo, afiliarlo y cotizar las cuotas al seguro social, es contrario a la justicia social, e incongruente con el reconocimiento constitucional de ese derecho, el que no existan mecanismos adecuados para obligar al ente gestor que cumpla con la obligación legal de brindar las prestaciones debidas al trabajador.

Que el empleador no se inscriba y afilie a sus trabajadores al régimen de seguridad social o estando aquel afiliado, no se realicen los descuentos legales a su salario en concepto de cuotas, para unirlos a la que le corresponde al empleador, o descontándolos no los aporte al ente gestor, le coloca en estado de desamparo ante cualquier infortunio del trabajo que tenga que afrontar, le restringe un derecho.

En cuanto a su situación personal y familiar, le genera inconformidad, pues no fue algo que el trabajador hubiera provocado, sino que fue consecuencia de la actividad laboral que realiza y en el caso de incapacidad le impide obtener ingresos para el sostenimiento de su familia, lo que influye en su estado de ánimo al estar desempleado, sin opción de obtener rehabilitación para la adecuada reincorporación

al trabajo conforme sus condiciones actuales, sin ingresos a través de una pensión, menos o un nuevo empleo similar al que tenía antes del accidente laboral sufrido.

Para el empleador, las consecuencias son positivas, evade una obligación legal al no afiliar o aportar la cuota que le corresponde como empleador, con lo que disminuye los costos de producción y además si realiza los descuentos correspondientes al trabajador y se apropia indebidamente de esa parte del salario, obtiene un enriquecimiento ilícito y ninguna sanción persuasiva, pues generalmente esto no se denuncia.

La negativa de brindar prestaciones en servicios y en dinero por parte del ente gestor, ya sea por falta de inscripción del patrono, afiliación o falta de cotizaciones al día, es frecuente, se invisibiliza este problema, al ser pocas las denuncias de los casos, no obstante el número es mayor, no hay estadísticas por el seguro social que continúa indiferente, o mecanismos transversales que permitan medir el alto nivel de desprotección en que se encuentran los trabajadores. La atención que el seguro social no brinda, hace que los trabajadores engrosen el flujo de personas que necesitan de la asistencia social a través de los hospitales nacionales del país, pero el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, ente gestor de la seguridad social, brinda servicios más completos a sus beneficiarios, en prestaciones médicas y hospitalarias, rehabilitación y pago de pensiones por incapacidad.

CONCLUSIONES

1. Son diversos los instrumentos legales nacional e internacionalmente existentes, que hacen énfasis en que el ser humano tiene derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social, para lo cual se creó al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, que en todo caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe brindar sus prestaciones reguladas, sin discriminación, sin embargo, esto no sucede.
2. El patrono omite asegurar a sus trabajadores, con lo que restringe sus derechos a los beneficios de la seguridad social, por lo que es necesaria una nueva concepción más humana de la responsabilidad en materia de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, basada en la justicia social, la equidad y la teoría del riesgo profesional, para que sea aquel quien soporte los costos ante el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social por su omisión.
3. El empleador que no afilia a sus trabajadores, incurre en una omisión culpable, en cuanto al daño que este pueda sufrir por accidente de trabajo o enfermedad profesional, problema aún invisible por falta de registros adecuados y estadísticas al respecto, el órgano jurisdiccional solo puede imponer una sanción pecuniaria por la infracción y otros imitarán su actuar, por falta de sanciones adecuadas, que lo persuadan a cumplir con las leyes.
4. El Artículo 197 “bis” del Código de Trabajo, impone al trabajador en juicio ordinario probar la culpa del patrono, no obstante, el monto de la indemnización por el daño sufrido se limita a una tabla fijada, lo que contradice los principios del derecho de trabajo y de la seguridad social, si tuviera recursos, es conveniente reclamar en la vía civil con mejores expectativas.
5. Existe discriminación sistematizada, cuando El Estado no toma las medidas adecuadas para garantizarle al trabajador que sufre accidente de trabajo o enfermedad profesional recibir los beneficios de la seguridad social, ni le

facilita reclamar sus derechos a través de mecanismos sencillos o procedimientos ordinarios con asesoría legal gratuita para que el derecho constitucionalmente garantizado no quede solo en las normas.

6. El patrono omiso, incumple la ley, expone la salud, integridad y vida del trabajador, además hay un enriquecimiento ilícito, al ahorrar la cotización que le corresponde como patrono, que se considera parte del salario y agravado si además descontó la del trabajador y se apropió de ésta.

RECOMENDACIONES

1. El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, la Inspección General de Trabajo y los órganos jurisdiccionales coordinada e integralmente les corresponde crear los mecanismos y medidas adecuados, para la obligatoriedad de prestar atención médica, hospitalaria y demás prestaciones a los trabajadores que sufren accidente de trabajo o enfermedad profesional, con solo comprobar por cualquier medio legal, la existencia de la relación laboral, las lesiones y su relación con el trabajo, teniendo la carga de la prueba el patrono para extinguir esta presunción legal.
2. Los órganos jurisdiccionales en materia de previsión social, deben aplicar los principios tutelar, de la realidad, irrenunciabilidad, equidad, justicia (social), de la solidaridad y los específicos de la seguridad social, así como la teoría del riesgo profesional para interpretar sus normas ampliamente con criterio social, con el objeto de facilitar el pleno goce de sus beneficios, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.
3. Los cuerpos bomberiles de socorro, el ente gestor de la seguridad social, los hospitales públicos del país y la Inspección General de Trabajo, en la esfera de su intervención y competencias, pueden registrar datos de los casos que puedan considerarse accidentes de trabajo o enfermedad profesional, con el fin que su nivel de recurrencia se visibilice estadísticamente para concientizar y se brinden las prestaciones correspondientes por el seguro social.
4. En la legislación es necesario regular la presunción a favor del trabajador en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional y omitir del Artículo 197 "bis" del Código de Trabajo el probar la culpa del patrono, así como tener de referencia para el monto de la indemnización lo que el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social paga, con el objeto que por la pérdida de

un miembro principal del cuerpo o muerte del trabajador, se otorgue un resarcimiento adecuado con la realidad económica.

5. El ente gestor de la seguridad social, a través del procedimiento legalmente regulado brinde atención médica y hospitalaria en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional sin exclusión y los costos deben ser cobrados al patrono omiso, con el fin que las normas relacionadas, sean positivas y el trabajador no quede desamparado y condenado a la miseria.
6. Se promueva por el ente legislador una iniciativa de ley, que además de la sanción económica por infracción, para el patrono que no afilió o reportó al seguro social las cotizaciones descontadas, se regule una sanción penal, cuando el trabajador queda incapacitado, pierde un miembro principal de su cuerpo o muere, con el objetivo que se valore su salud y vida y cumpla el patrono voluntariamente, ante la falta de recursos de las instituciones públicas en fiscalizar.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLOCATI, CABANELLAS, MARIANI (Comisión), **Estudios de derecho del trabajo y seguridad social**, Homenaje al Profesor Ernesto Krotoschin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina 1967.
- BARAHONA STREBER, Oscar, y J. Walter Dittel, **Bases de la seguridad social en Guatemala**, Guatemala, 1946.
- BENAVIDES, RUIZ FRUTOS, GARCIA GARCIA, **Revista española de salud pública**, PDF Salud Laboral, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo, **Derecho de los riesgos del trabajo**, Bibliográfica Omeba, Editores-Libreros, La Valle 1328, Buenos Aires, Argentina, 1968.
- CABANELLAS, Guillermo, **Tratado de derecho del trabajo**, Editorial Mundo Atlántico Buenos Aires, Argentina 1945.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, 14^o Edición, actualizada corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina 2000.
- DEVEALI, Mario, **Tratado de Derecho del trabajo**, 2^a. Edición, Tomo I, La Ley, S. A. Editora e Impresora, Buenos Aires, Argentina 1971.
- FARIAS, Urbano, **El Nuevo derecho mexicano del trabajo**, 3^a y 9^a edición, México 1984.
- GARCIA GOMEZ, Montserrat, CASTAÑEDA LOPEZ, Rosario, **Revista española de salud pública**, Julio-agosto año/vol. 80, #004, 2006, Ministerio de Sanidad y Consumo, Enfermedades Profesionales declaradas en hombres y mujeres.
- GUILLEN RABOSO, Miguel, **Las normas de previsión social como rama independiente del derecho**, Revista Española de Seguridad Social, # 8, 1951.
- HERNAINZ MARQUEZ, Migue I, **Tratado elemental de derecho del trabajo**, 11^a edición, Tomos I y II Instituto de Estudios Políticos, Impreso por Gráficas Hergón, S. L. Madrid, España 1972.
- MARTINEZ VIVOT, Julio, **Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social**, 3^a edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina 1992.
- MARTINEZ VIVOT, Julio, **Tratado de derecho del trabajo**, Buenos Aires, Argentina 1981.

MESA-LAGO, Carmelo (consultor), **El desarrollo de la seguridad social en América latina**, Naciones Unidas, Santiago de Chile 1985.

OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas políticas y sociales**, 23ª Edición, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, Argentina 1996.

RICHTER, MARCELO PABLO ERNESTO, **Diccionario de derecho constitucional**, 2ª edición, Guatemala 2009.

RUPRECHT, Alfredo J, **La protección del trabajo en el mundo moderno, volumen II**, Cárdenas, Editor y Distribuidor. México 1987.

SILVA ROMERO, Marcel (compilador), **El derecho laboral que hereda al milenio (transformación de su enseñanza)**, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Junio 1999, Santa Fé de Bogotá, Colombia.

STACK, Maurice, OIT, **Introducción a la Seguridad Social**, Ginebra, Suiza 1970

Legislación:

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

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

Ley de la Comisión de los Derechos Humanos del Congreso de la República y del Procurador de los Derechos Humanos, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 54-86 (Reformado por el Decreto número 32-87), 1986.

Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 295, 1946.

Acuerdo Número 1123, Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, "Reglamento de Inscripción de Patronos en el Régimen de Seguridad Social". Guatemala, 2003.

Acuerdo Número 44/2003, Gerencia del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, "Instructivo para la Aplicación del Reglamento de Patronos en el Régimen de Seguridad Social". Guatemala, 2003

Acuerdo Número 1002, Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento Sobre Protección Relativa a Accidentes”. Guatemala, 1994.

Acuerdo Número 788, Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento Sobre Protección Relativa a Invalidez, Vejez y Sobrevivencia. (IVS)”. Guatemala, 1987.

Acuerdo Global Sobre Derechos Humanos, Acuerdos de Paz, Guatemala, 1996.

Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, Acuerdos de Paz, Guatemala, 1996.

Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Estados Americanos Signatarios, 1978.

Convenio Número 102 de la Organización Internacional del Trabajo, pendiente de ratificar por Guatemala.